

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 910

(Ano XI)

(15/06/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

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

COLUNISTA DA SEMANA



12/06/2019 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Criminalização da homofobia pelo STF: uma aberração jurídica](#)

ARTIGOS

14/06/2019 Maria Laura Pereira da Silva	
» A Advocacia-Geral da União como instrumento constitucional de defesa dos interesses da União	
.....	16
14/06/2019 Letícia Silveira Seerig	
» Da aplicação da lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06) às transexuais e travestis	36
14/06/2019 Yan Felipe Dourado Cirqueira	
» A vulnerabilidade da (re)construção do fato criminoso diante do fenômeno das falsas memórias	
.....	56
14/06/2019 Guilherme Negreiros Lacerda Lopes	
» Atualização legislativa: tributação sobre a plataforma de streaming Netflix	74
14/06/2019 Thaís Gomes Pereira	
» Responsabilidade civil do Estado nos acidentes de trânsito	95
14/06/2019 Dayelle Fonseca Carvalho	
» O comum e habitual abandono afetivo paterno: os conflitos jurisprudenciais na caracterização do dano moral	116
14/06/2019 Marina Oliveira de Souza Cerqueira	
» Políticas públicas para a ressocialização dos adolescentes infratores analisando o conceito de vulnerabilidade	136
13/06/2019 Deusdete Américo Furtado Gama	
» A ausência de um critério legal objetivo para a distinção entre consumo pessoal e tráfico de drogas na Lei n. 11.343/2006	153
13/06/2019 Elisangela Pereira da Silva	

» Lei Estadual nº 3.361/2018 e a proibição da apreensão de veículos em virtude de não pagamento do IPVA	183
13/06/2019 Nayara Silva do Vale	
» Lei 12.850 / 13: os limites aplicáveis ao benefício da colaboração premiada	204
13/06/2019 Bruna Temporin	
» A criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como forma de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana	226
13/06/2019 Andreia Guimaraes Batista	
» Tratamento jurídico aplicado aos portadores de personalidade psicopática no Brasil	244
13/06/2019 Igor Henrique Ferreira de Lima	
» O índice de reincidência dos adolescentes infratores que cumprem medida socioeducativa no case de Palmas	266
13/06/2019 João Alves dos Santos Neto	
» Estatuto das cidades: a diminuição dos vazios urbanos estabelecidos no plano diretor da cidade de Palmas com visão urbana social	290
13/06/2019 Deborah Cristina Pereira	
» Cota eleitoral de gênero: a efetividade da sua aplicação análise da Lei Federal nº 9.504/97	312
12/06/2019 Maria Laura Pereira da Silva	
» O acesso à Justiça nos 30 anos de vigência da Constituição de 1988	324
12/06/2019 Bruno Porangaba Rodrigues	
» A causa especial de diminuição de pena ("tráfico privilegiado"): contextualização e requisitos ...352	
12/06/2019 Matheus Falcão Torti	
» A fixação do conceito de insumo para fins de creditamento de PIS/COFINS	361
12/06/2019 Andrezza Nobre de Carvalho	
» Justiça restaurativa e a trajetória da sua implementação no Brasil: uma observação das experiências nacionais	371
12/06/2019 Fiama Erica Pereira Durval	
» Lei n. 11.340, de 6 de agosto de 2006: aplicabilidade da Lei Maria da Penha as relações homoafetivas	395
12/06/2019 Jéssyca Alves de Miranda	
» Justiça itinerante no Estado do Tocantins: uma forma de prestação jurisdicional	413
12/06/2019 Ytallo Kassio Silva Abudd	

» Estudo das políticas de ressocialização desenvolvidas na unidade prisional feminina de Palmas no ano de 2018	432
12/06/2019 Izana Sousa Torres Nepomuceno	
» Proteção do consumidor no comércio eletrônico	452
11/06/2019 Sara Hellen Silva Martins	
» Os desafios dos negócios disruptivos face as regulamentações existentes na economia brasileira: obstáculos à prosperidade de novos empreendedores	476
11/06/2019 Ana Flávia Farias Porto	
» A desnecessidade do contato físico para a configuração de ação penal por crime de estupro de vulnerável	487
11/06/2019 Solange Martins de Oliveira	
» Função social do tributo e desoneração do ICMS pela lei Kandir no Tocantins	510
11/06/2019 Albanita Keila da Silva Lima	
» IPTU progressivo no município de Palmas - TO: os efeitos da implementação desta ferramenta auxiliar em política de gestão pública eficiente	534
11/06/2019 Beatriz Fernandes Passos	
» A figura do psicopata no ordenamento judiciário brasileiro	558
11/06/2019 Jailane Souza Cardoso	
» Guarda e responsabilidade compartilhada como ferramenta de prevenção a alienação parental	579
11/06/2019 Argus Nazareno	
» Análise do princípio da presunção de inocência em sede de prisão em segunda instância	600
11/06/2019 Fernando de Oliveira Gomes	
» Isenção de ICMS para aquisição de veículos para as pessoas com deficiência	627
11/06/2019 Fernanda Godinho Franco	
» O acesso à educação jurídica como meio de contribuir para a formação da cidadania	645
11/06/2019 Lúcia de Fátima Medeiros Cardoso Damasceno	
» A perda do tempo útil e o dever de indenizar	677
10/06/2019 Bruno Porangaba Rodrigues	
» Análise histórico-legislativa do tráfico de drogas no direito brasileiro	701

10/06/2019 Paulo Henrique Martins Machado Filho	
» Da Extensão da Imunidade Tributária Recíproca às Caixas de Assistência dos Advogados	712
10/06/2019 Jose Pinheiro Fernandes Junior	
» Lei da ficha Limpa: histórico e o tratamento das inelegibilidades por abuso de poder econômico e abuso de poder político	725
10/06/2019 Lyslle Luise Borges Pires	
» Ocorrência dos crimes de estelionato no âmbito do comércio eletrônico brasileiro	744
10/06/2019 Yves Roberto de Sousa Oliveira	
» Lei Maria da Penha: um estudo bibliográfico sobre a concessão de medidas protetivas	769
10/06/2019 Leia Pereira Sales	
» O SUS e a saúde do idoso	792
10/06/2019 Thaila Fernanda Barbosa de Sousa	
» Vedação das horas intinere mediante a reforma trabalhista	808
10/06/2019 Petruska Veiga Soares	
» O estatuto geral das guardas municipais e seus reflexos no cenário da segurança pública dos municípios	836
10/06/2019 José Henrique Sousa da Silva	
» Lei 11.340/2006: possibilidade de expedição das medidas protetivas de urgência pela autoridade policial	853

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF: UMA ABERRAÇÃO JURÍDICA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal decidiu, já por maioria de votos, que as chamadas condutas de homofobia ou transfobia são consideradas como crimes de racismo, ao menos até que o Poder Legislativo emita normativa específica sobre o tema. [1]

Vale advertir, desde logo, que este texto não tem o objetivo de admitir, ou pior, defender a legitimidade ou legalidade de qualquer prática discriminatória contra homossexuais ou transexuais. A conduta preconceituosa ou discriminatória contra qualquer pessoa, por que motivo for, é sempre e invariavelmente abominável e passível de sanções morais e legais.

O grande problema é que a Lei de Racismo (Lei 7.716/89) trata tão somente do preconceito e discriminação de "raça, cor, etnia e religião". Nada mais evidente do que o fato de que o preconceito referente à orientação sexual, à homossexualidade ou à transexualidade, não se coaduna com nenhuma das hipóteses taxativas da lei. Ademais, é preciso ter prudência com essa interpretação ampliativa para outros preconceitos ou discriminações em equiparação com o racismo, mesmo por via legislativa. Ocorre que se há uma excessiva ampliação, a tendência é que outros grupos venham a pleitear o mesmo reconhecimento em uma espécie de processo que caracteriza o que já foi chamado de "Cultura da Vitimização". [2] De repente poderemos nos deparar com a criminalização qual racismo da obesofobia, da esqueleticofobia, da gerontofobia, da misoginia, da nanofobia e da gigantofobia (afinal, os anões e as pessoas de baixa estatura, assim como os gigantes também são gente), da veganofobia, da alopeciofobia (Alopecia

Areatá é uma doença que faz faltarem pelos em regiões do corpo, no corpo todo ou ao menos na cabeça – os carecas também são vítimas de preconceito), dentre outras situações imprevisíveis “ad infinitum”.

É bem verdade que a Constituição Federal considera ilegal qualquer forma de discriminação, como resta claro diante do disposto no artigo 3º, IV e artigo 5º, XLI. Isso não deixa dúvidas quanto à existência de um bem jurídico constitucional a ser tutelado pelo Direito interno. Entretanto, logo de início, há que apontar para o fato de que a existência de um bem jurídico constitucional é fator necessário, mas não suficiente, por si só, para indicar a via da proteção pelo instrumento de “ultima ratio” que é o Direito Penal.

É bom lembrar com Tavares que a própria gênese do instituto do bem jurídico – penal está ligada ao intuito de limitar e não de fundamentar o “ius puniendi” estatal. [3]

Assim sendo, a existência de um bem jurídico constitucionalmente tutelado, não impõe a proteção necessariamente pela via penal. A tutela de dado bem jurídico (e.g. a vida humana) pelo Direito Penal, não se dá simplesmente porque há sua previsão constitucional, mas porque essa espécie de proteção é “considerada concretamente necessária para aquele bem”. [4]

Ainda que essa proteção pela via extrema da criminalização de condutas seja considerada viável e necessária, tal função, qual seja, a de prever crimes e penas, compete ao Poder Legislativo e não ao Poder Judiciário ou ao Poder Executivo. Nesse passo a divisão de poderes deve ser respeitada de forma bastante rígida. Quando há invasão de searas, seja pelo Judiciário, seja pelo Executivo, descamba-se para o mais puro totalitarismo, com uma Ditadura Política ou uma Ditadura do Judiciário.

Como bem aduz Frankenberg:

“Segundo os paradigmas liberais, a separação dos poderes estatais não é apenas uma questão de divisão do trabalho na organização estatal; a ela cabe também uma função de garantia da liberdade. Isso se tornou inquestionável desde o *Segundo Tratado sobre o governo* de Locke e *Do Espírito das Leis* de Montesquieu. Desde a Declaração

Francesa de 1789, a separação dos poderes – a par da garantia dos direitos do homem e dos cidadãos – é considerada elemento constituinte da Constituição democrática e elemento central da promessa de coerência e transparência da Modernidade”. [5]

Foi exatamente com vistas a uma reação aos abusos inquisitoriais, seja por excesso, seja por leniência, que se moldou, após a Revolução Francesa, a ideia matriz de que “o juiz é um funcionário que *diz* a lei, não que a *faz*”, de forma que:

“posto diante de um caso concreto a ser julgado, ele procura, entre as normas, aquela na qual tal caso recai. No limite, não encontrando uma, renuncia ao juízo porque ‘o fato não constitui crime’”. [6]

Desde então o Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal exerce papel central na conformação do Direito Penal (artigo 5º., XXXIX, CF e artigo 1º., CP).

Mas, o que ocorre quando a Suprema Corte, supostamente guardiã da constitucionalidade, simplesmente despreza a tripartição dos poderes e a garantia da legalidade penal?

Ocorre uma espécie de “ativismo judicial” deletério, o qual supera até mesmo a adjetivação de “ativismo” para conformar-se como uma verdadeira “usurpação judicial”. [7] Como com maestria destaca Badaró: “Não temos mais, portanto, garantia da legalidade no direito penal! Descanse em paz ‘nullum crimen, nulla poena, sine lege’”. [8] Olvida-se a lição básica de que “ao julgador cabe interpretar a lei, mas não a reescrever”. [9]

É inadmissível um suposto “*abuso legítimo da lei* por parte dos poderes estatais”, seja por que motivação for. [10]

Badaró, com absoluta propriedade, cita Natalino Irti:

“reconhecer ou aceitar o poder normativo dos juízes significa – como adverte um eminente estudioso alemão, Bernd Rütheres – realizar uma **revolução clandestina** ou

secreta (*Heimlich*), e subverter os princípios da democracia representativa” (grifos no original). [11]

E prossegue o autor em destaque, demonstrando que tal postura diante dos limites aos juízes pela legalidade se impõe de forma ainda mais intensa no que tange à matéria criminal:

“Mormente quando se está cogitando do conteúdo de um tipo penal, em relação ao qual há garantia constitucional de reserva de lei é inaceitável que o julgador possa considerar crime condutas que o legislador não tipificou. Admitir isso seria substituir o princípio da legalidade por um de ‘jurisdicionalidade’! Isso porque a conduta criminosa estará sendo determinada, em última análise, não pelo legislador, mas por um órgão judiciário”. [12]

Ao Estado em qualquer de seus poderes, inclusive o Judiciário, não cabe agir de maneira usurpadora de funções, ainda mais em clara atuação inconstitucional com lesão franca ao Princípio da Legalidade Penal e à Tripartição dos Poderes. Não é possível admitir que de Estado Constitucional de Direito nos convertamos em um “Estado de Exceção” (“ad aeternum”). Retomando Frankenberg, o qual se vale das lições de Fraenkel e Blanke, é inviável a admissão de um “Estado de Medidas”, o qual supostamente “executa valores fundamentais superiores de modo metalegal e, além disso, na medida do necessário, desobrigando-se do princípio da legalidade”. [13]

A verdade é que se atualmente um Promotor de Justiça elaborar uma denúncia por racismo em caso, por exemplo, de homofobia, não se estará alicerçando em legislação penal alguma, mas numa decisão jurisdicional metalegal. Como bem ilustra jocosamente, mas muito apropriadamente Lamas, a redação da peça, em seu cabeçalho seria mais ou menos assim:

“Ante o exposto, ofereço a presente denúncia pela prática do crime previsto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão combinada com analogia ‘in mallam partem’...”. [14]

Fernandes chama a atenção para o fato de que na doutrina estrangeira, especialmente na italiana, se costuma estabelecer uma proibição “de efeito manipulativo deletério ao réu em matéria penal”. [15] E no direito brasileiro, essa reserva, esse necessário retraimento quanto a decisões manipulativas penais “in mallam partem” ganha contornos ainda mais drásticos:

“Todavia, no direito brasileiro, além da reserva legal qualificada comum a outros ordenamentos jurídicos, há um argumento de reforço à vedação de sentenças manipulativas no âmbito penal: a proibição constitucional de medidas provisórias sobre matéria penal aponta para a especial relevância dessa temática a obstar a atuação do Executivo e exigir a exclusividade da atuação do legislador, por meio de lei formal”. [16]

Vale ainda mencionar o problema que é gerado com tais decisões que criam condutas criminosas pela via jurisdicional no que se refere à devida aplicação do Princípio da Anterioridade e da Proibição da Retroatividade de Lei Penal que prejudique o réu. Acontece que uma decisão judicial não se faz como uma lei, que é publicada e tem uma “vacatio legis” estabelecida ou a previsão expressa de que entra em vigor na data de sua publicação. O órgão colegiado, como neste caso concreto ocorre, forma uma maioria e, portanto, já se sabe de antemão o resultado do julgamento que é positivo para a criminalização da conduta em testilha. Afinal, a partir desse ponto, formada a maioria, já ocorre a criminalização e aí está o marco da irretroatividade? Ou será que a efetiva criminalização somente se dará com a decisão final, ainda que meramente formal, e seu trânsito em julgado? Diz-se meramente formal, porque, tendo em vista a maioria já estabelecida, dificilmente haverá alteração no quadro, salvo no caso de alguma improvável “iluminação” mental ou reencontro da própria identidade de magistrado e não de legislador por algum dos Ministros que já manifestaram seus votos, mas poderiam alterar sua posição. Dada a baixa probabilidade dessa ocorrência, possivelmente seria a criminalização efetiva somente válida após a decisão final transitada em julgado. Mas, um vácuo ficaria existindo entre a formação da maioria e a formal finalização do julgamento. Uma situação, no mínimo, estranha, geradora de insegurança jurídica, até mesmo de certa perplexidade.

Ainda pior será a situação em que havendo a decisão final de reconhecimento da homofobia e da transfobia como *crimes de racismo*, advier a aprovação pelo Congresso Nacional de nova lei específica sobre o tema. Então haverá problemas intertemporais entre a lei aprovada pelo Legislativo e a decisão do Judiciário. Se a lei for mais benéfica, retroagirá e tornará letra morta a decisão judicial enfocada. Se for mais rígida, então alguns serão julgados mais beneficentemente de acordo com a decisão do STF e outros, no futuro, mais rigorosamente nos termos da legislação de regência. Isso se o STF não resolver também inviabilizar a eventual lei aprovada pelo Congresso Nacional, gerando então ainda mais confusão.

Outro aspecto importante é que se o Congresso, como está ocorrendo, não promove uma simples adição à Lei de Racismo, mas sim à criação de uma lei especial tratando da homofobia e da transfobia, então teremos condutas que por um dado período foram consideradas como gravíssimos *crimes de racismo*, imprescritíveis e inafiançáveis e adiante serão consideradas como configuradoras de delitos comuns, inclusive prescritíveis, já que ao legislador não é dado criar imprescritibilidades à margem da Constituição Federal. Essa situação é deveras teratológica. As condutas da homofobia e da transfobia seriam espécies de “transformers” legais; ora *racismo*, ora crimes comuns! A não ser que se entenda que a decisão do STF vincula o legislador, de modo que estaria ele obrigado a criminalizar essas condutas como espécies de racismo. Não poderia sequer criar lei nova, mas tão somente fazer mero acréscimo à Lei 7.716/89 já existente. Mas, então o legislador seria um estafeta ou contínuo dos Ministros do STF, mero cumpridor de suas determinações, sem qualquer margem de discricionariedade, oportunidade, conveniência ou livre convicção. Tratar-se-ia de sobreposição, ou melhor, de submissão do Poder Legislativo ao Poder Judiciário de uma forma absolutamente inadmissível num regime democrático, a não ser que se chame de democracia a uma “Ditadura do Judiciário”. Observe-se que ao invés dos magistrados terem de se curvar aos limites da lei, estaria ocorrendo o justo oposto, a lei teria de se adequar aos contornos estabelecidos pelos magistrados, a despeito até mesmo das normas constitucionais em contrário. O voluntarismo que se escancara nessa situação é totalmente incompatível com os contornos de um Estado Democrático de Direito, cuja índole deve ser nitidamente normativa.

Fato é que houve uma verdadeira prestidigitação jurídica malsã conduzida pelo STF. Nas apropriadas palavras de Badaró, o Ministro Celso de Mello, que começa seu voto destacando a impossibilidade de o Judiciário se sobrepor ao

Legislativo, em suma, dizer a lei, ao invés de dizer o direito, acaba realizando um “truque de ilusionista” ao concluir afirmando que não se pode “criar” um novo tipo penal por via jurisprudencial, mas é permitido usar um tipo penal já previsto em lei “para considerar como crime algo que nele não está descrito”. [17]

Ora, isso nada mais é do que a institucionalização, por via judicial pervertida, mediante um jogo de palavras em circunlóquio e petição de princípio, da aplicação da analogia “in mallam partem” no Direito Penal. E não se pode dizer que essa foi a primeira vez, inclusive sobre o tema específico do racismo. O STJ já equiparou indevidamente a injúria preconceito (artigo 140, § 3º., CP) ao crime de racismo e quando o tema chegou ao STF, este simplesmente se omitiu, sob a alegação de que a matéria versava sobre interpretação de lei federal e não havia questão constitucional a ser discutida. [18] Note-se que essa decisão do STF sobre homofobia deve gerar também efeitos na aplicação do crime de injúria preconceito, tendo em vista a institucionalização da analogia “in mallam partem”. Embora a injúria racial também não mencione nada sobre homofobia, passaria esta a ser abrangida em nova analogia, agora com a decisão do STF, completando a absurdidade da consideração como crime de racismo.

Realmente parece que para o STF o Princípio da Legalidade Penal e a Tripartição dos Poderes não são matérias com dignidade constitucional.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionismo. Disponível em https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOIZfe5hGph1ITje5PT4QLZw, acesso em 05.06.2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Para o STJ, injúria é crime de racismo. Será? Disponível em <https://jus.com.br/artigos/52141/para-o-stj-injuria-e-crime-de-racismo-sera>, acesso em 05.06.2019.

CAMMILLERI, Rino. *A Verdadeira História da Inquisição*. Trad. Luciano Machado Tomaz e Ulisses Trevisan. Campinas: Ecclesiae, 2013.

CAMPBELL, Bredley, MANNING, Jason. Microaggression and Moral Cultures. Comparative Sociology. Disponível em [https://www.academia.edu/10541921/Microaggression and Moral Cultures](https://www.academia.edu/10541921/Microaggression_and_Moral_Cultures), acesso em 05.06.2019.

D'AGOSTINHO, Rosanne, OLIVEIRA, Mariana. Maioria do STF vota por enquadrar homofobia como crime de racismo; julgamento suspenso. Disponível em www.g1.globo.com , acesso em 05.06.219.

FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*. Trad. Gercelia Mendes. São Paulo: Unesp, 2018.

LAMAS, Fabrício. SEM título. Disponível em <https://twitter.com/fabriciolamas/status/1131767427178614784>, acesso em 05.06.2019.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. Microagressões e a Cultura da Vitimização. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=hOA7L1a54d4>, acesso em 05.06.2019.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

USURPAÇÃO Judicial. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=95iAuq8D6c4&t=28s>, acesso em 05.06.2019.

NOTAS:

[1] D'AGOSTINHO, Rosanne, OLIVEIRA, Mariana. Maioria do STF vota por enquadrar homofobia como crime de racismo; julgamento suspenso. Disponível em www.g1.globo.com , acesso em 05.06.219.

[2] Vide: CAMPBELL, Bredley, MANNING, Jason. Microaggression and Moral Cultures. Comparative Sociology. Disponível em https://www.academia.edu/10541921/Microaggression_and_Moral_Cultures, acesso em 05.06.2019. Ver também vídeo elucidativo: SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. Microagressões e a Cultura da Vitimização. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=hOA7L1a54d4>, acesso em 05.06.2019.

[3] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 181.

[4] Cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 148.

[5] FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*. Trad. Gercelia Mendes. São Paulo: Unesp, 2018, p. 226.

[6] CAMMILLERI, Rino. *A Verdadeira História da Inquisição*. Trad. Luciano Machado Tomaz e Ulisses Trevisan. Campinas: Ecclesiae, 2013, p. 50.

[7] Cf. USURPAÇÃO Judicial. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=95iAug8D6c4&t=28s>, acesso em 05.06.2019.

[8] BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionismo. Disponível em https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOlZfe5hGph1ITje5PT4QLZw, acesso em 05.06.2019.

[9] Op. Cit.

[10] Cf. FRANKENBERG, Günter, Op. Cit., p.239.

[11] BADARÓ, Gustavo, Op. Cit.

[12] Op. Cit.

[13] FRANKENBERG, Günter, Op. Cit., p. 241.

[14] LAMAS, Fabrício. SEM título. Disponível em <https://twitter.com/fabriciolamas/status/1131767427178614784>, acesso em 05.06.2019.

[15] FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 256.

[16] Op. Cit., p. 258.

[17] BADARÓ, Gustavo, Op. Cit.

[18] Sobre o tema, veja-se artigo elaborado anteriormente: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Para o STJ, injúria é crime de racismo. Será? Disponível em <https://jus.com.br/artigos/52141/para-o-stj-injuria-e-crime-de-racismo-sera>, acesso em 05.06.2019.

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DOS INTERESSES DA UNIÃO

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA: Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: O presente trabalho, embasado em pesquisa bibliográfica, realiza uma análise acerca da instituição Advocacia-Geral da União – AGU, consagrada pela Constituição de 1988 como Função Essencial à Justiça. O artigo aborda seu histórico, visando demonstrar sua evolução dentro da história do Brasil, funções, integrantes, repartições e importância para a manutenção do Estado democrático de Direito através de seu papel frente à representação judicial da União, sobretudo, no controle e legalidade de legitimidade e defesa da norma constitucional perante o Supremo Tribunal Federal. Realiza um estudo acerca dos novos modelos de atuação, como as Centrais de Negociação, analisando, também, a Instituição no Estado do Maranhão, através de uma abordagem de seu quadro de funcionários, repartições e municípios maranhenses onde se encontram suas respectivas instalações. Por fim, o trabalho destaca a atuação da AGU no combate à corrupção, ressaltando os feitos e resultados das atuações, principalmente na recuperação das verbas públicas extraviadas.

Palavras-chave: Advocacia-Geral da União. Direito constitucional. Combate à Corrupção. Centrais de Negociação. Interesse Público.

ABSTRACT: This paper intends to make an analysis over the Institution of Attorney General of the Union – AGU, established by the Constitution of 1988 as an Essential Function of Brazilian's Justice. The paper approaches the history of the Institution tending to demonstrate its evolution inside Brasil's history, its functions, members, division and importance for the maintenance of the Democratic Rights State, through its paper on judicial representation of the Union, mostly on the legality and legitimacy control and defence of the constitutional law towards the Supreme Court. It performs a study of the new models of operation, as in the Negotiation Centres, analysing, as well, the Institution on Maranhão state, with an approaching of its staff, departments and cities where are located its installations. Lastly, the paper highlights the performance of AGU on actions against corruption, also its achievements on recovery of public money deviated.

Keywords: Constitutional law. Corruption battle. Public Interest. Negotiation Centres. Essential Function.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. História da defesa da união e a construção da Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988; 3. Advocacia-Geral da União: Lei Orgânica, membros, repartições e competências; 3.2 Órgãos da Advocacia-Geral da União; 4. AGU no controle de legalidade e legitimidade; 5. Unidades consultivas e de contencioso de autarquias e fundações; 6. AGU no combate à corrupção; 7. Novos Horizontes: a advocacia estratégica, centrais de negociação e os novos paradigmas de atuação; 8. Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Carta de 1988 instituiu a Advocacia-Geral da União com o intuito de designar a ela as funções de representação judicial da União e consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, exercidos outrora pelo Ministério Público e pela Consultoria-Geral da República, respectivamente. Nesse regime, os membros do Ministério Público possuíam funções mistas, ora atuando em sua função típica, ora como advogados representantes da União.

O papel da Advocacia-Geral da União é definido pelo artigo 131 da CF/88, segundo o qual, é o órgão de representação judicial e extrajudicial da entidade estatal, evidenciando-se sua função postulatória, além de exercer, em sua função preventiva ou consultiva, atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, nos termos da Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (lei orgânica). Tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação entre os cidadãos maiores de 35 anos e reputação ilibada.

No desempenho da sua função, o Advogado-Geral da União deve convergir suas atribuições para um ponto fundamental: a concretização dos preceitos constitucionais, implicando na realização do interesse público primário. Sua atuação deve ser dar visando “a manutenção e o funcionamento da rede de controle governamental, para a proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis, para a harmonização de conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública e para o aperfeiçoamento da democracia brasileira”. (SOUTO, 2009, p. 42).

O presente artigo busca traçar um panorama geral, desde as definições básicas do órgão, perpassando pelas das inúmeras formas de atuação no desempenho e efetivação das competências constitucionais que lhe foram atribuídas, ressaltando o cenário maranhense, chegando, por fim, no valoroso papel desempenhado no combate à corrupção e nos novos horizontes da Advocacia estratégica e das Centrais de Negociação. Destacar-se-á, nesse âmbito, a relevância da Instituição no controle da legalidade, legitimidade e constitucionalidade. A pesquisa é tipificada como pesquisa bibliográfica.

2 A HISTÓRIA DA DEFESA JUDICIAL DA UNIÃO E A CONSTRUÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A AGU é um instituto recente, com apenas 19 anos de funcionamento, embora previsto constitucionalmente desde 1988. Antes da sua criação, entretanto, a União não era desprotegida de representação na seara judicial. No período colonial, sem que houvesse divisão entre funções executiva e judicial, subsistia a figura dos “procuradores” que também eram os “juízes da Coroa” (COSTA; SILVA, 2009, p. 8).

Já no período imperial, com a separação entre os Poderes Executivo e Judiciário, surge a divisão entre as funções de defesa do Executivo e de acusação criminal, exercidas por um Procurador da Coroa, bem como as funções jurisdicionais próprias do Judiciário. Adentrando no período republicano, há uma indefinição entre a função de Procurador da União, como sendo seu órgão de representação judicial e de Ministério Público, o que só foi superado com o advento da Constituição de 1988.

Entre os anos de 1903 e 1993, ano da criação efetiva da AGU, a

[...] função consultiva do Poder Executivo seria de competência da Consultoria-Geral da República, sendo que a representação judicial da União ficaria a cargo do Ministério Público, em que pese a instabilidade que tal situação proporcionava (AMORIM, 2012, p. 91).

Nesse período, houve deslocamentos de competência para conhecer as causas da União, que antes eram da Justiça Federal, extinta em 1937, e passaram a ser da Justiça dos Estados, sendo ampliada, nos anos seguintes, por meio das

autarquias federais. Em um outro deslocamento de competência, já em 1946, foi criado o Tribunal Federal de Recursos, que passou a tratar das causas de interesse da União em segundo grau. A posição do Ministério Público entre os Poderes foi alterada em 1967, passando a fazer parte do Judiciário, e em 1969, com a EC nº 1, que o situa no capítulo destinado ao Poder Executivo.

Após a recriação da Justiça Federal, o Ministério Público Federal recuperou a representação judicial da União na primeira instância, experimentando, a partir de então grande expansão. Essa gama de alterações exemplifica, claramente, a instabilidade do período, especialmente entre os anos de 1967 e 1988, entre os quais evidenciou-se sua crise de identidade em decorrência de sua função híbrida do Ministério Público, de *custos legis*, representante da sociedade e representante da União, impactando negativamente na qualidade da defesa do Estado brasileiro.

Nesse cenário, intrínseco ao processo de redemocratização trazido pela Constituição de 1988, a estrutura de defesa, representação e assessoramento da União sofreu a verdadeira quebra de paradigma com a criação e catalogação como Função Essencial à Justiça da Advocacia-Geral da União, situando-a fora do Poder Executivo e revolucionando a divisão de funções do Poder estatal. A criação da CF/88 é considerada, também, um marco na reestruturação das carreiras jurídicas federais, especialmente no que tange a advocacia pública, ao atribuir a defesa judicial da União à AGU e designar a esse órgão a função de consultoria e assessoramento do Poder executivo, antes pertencente à Consultoria-Geral da República.

Com o enquadramento da Advocacia-Geral da União no quarto capítulo da Constituição de 1988, chamado "Das Funções essenciais à Justiça", passou a constar em uma de suas três seções, em que pesem ser "Ministério Público", "Advocacia Pública" (onde se insere) e "Da Advocacia e da Defensoria Pública". Tais órgãos passaram a ter caráter institucional, dotados de individualidade e independência, apresentando, em geral, dois tipos de competências: as preventivas e as postulatórias. As preventivas, ligadas à consultoria jurídica, visam evitar a ilegalidade e, caso ocorra, corrigi-la. As postulatórias são voltadas para ações de defesa judicial e extrajudicial da União

A Advocacia-Geral da União foi, nessa linha, posicionada fora dos três Poderes da República, visando garantir o caráter de independência na

representação da União. Nas funções de consultoria e assessoramento jurídicos, a AGU atua com exclusividade em seu desempenho, possuindo como alvo isolado o Poder Executivo.

Cabe destacar que a representação da União por essa Instituição não se dá apenas no âmbito interno, como também internacionalmente, de acordo com as disposições encontradas no Ato Regimental Nº 5, de 19 de junho de 2002. A regulação de tal ato prevê, no âmbito da natureza e competência da Procuradoria-Geral da União, que é órgão de direção superior da AGU, a existência do Departamento Judicial Internacional e de Recomposição do Patrimônio da União, ao qual compete auxiliar o Procurador-Geral na promoção da defesa da União no exterior.

A Função essencial à Justiça não se confunde com ser função essencial ao poder Judiciário,

[...] mesmo porque no Estado Democrático de Direito, lugar do surgimento da Advocacia Pública, esta restrição de sentido militarista contra a própria missão constitucional que lhe foi conferida. Significa dizer que o termo "Justiça", conforme empregado pela Constituição, tem uma acepção mais ampla, dizendo respeito diretamente aos fins propostos pelo Estado Democrático de Direito: significa, portanto, o envolvimento de toda a atividade do Estado. (AMORIM, 2012, p. 138)

3 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: LEI ORGÂNICA, MEMBROS, REPARTIÇÕES E COMPETÊNCIAS.

A Lei Complementar que regula a Advocacia-Geral da União entrou em vigor com o nº 73 em 10 de fevereiro de 1993. Trouxe consigo muitas mudanças, como a representação judicial e extrajudicial da União, além função de consultoria e assessoramento do Poder Executivo. A Lei Complementar pode ser assim caracterizada:

A estrutura da Advocacia-Geral da União prevista na Lei Complementar n. 73, de 1993, tímida e restrita aos principais órgãos voltados às atividades finalísticas, foi implantada

emergencialmente para fazer funcionar, de imediato, a nova Casa, pois, da forma como redigido o art. 29, caput, do ADCT, não deixou espaço a período de *vacatio legis* para que se concebesse, planejasse e implantasse, de forma mais científica, estrutura compatível com as relevantíssimas e gigantescas atribuições constitucionais da nova instituição antes da entrada da lei em vigor.” (VALENTE, 2009, p. 374)

3.1 Dos membros da Advocacia-Geral da União

A Lei Complementar previu no seu artigo 2º, §5º os seguintes membros integrantes da AGU: o Advogado-Geral da União (AGU), o Procurador-Geral da União (PGU), o Procurador-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), Consultor-Geral da União (CGU), o Corregedor-Geral da Advocacia da União (CGAU), os Secretários-Gerais de Contencioso (SGCT) e de Consultoria (SGCS), bem como os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores- Auxiliares, os Procuradores- Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos.

De início, pode-se considerar que os Assistentes Jurídicos, parte da carreira que tem como responsabilidade a atuação consultiva do Poder Executivo, foram integrados na quase totalidade dos seus membros, por transformação, à carreira de Advogado Geral da União, por meio da lei n. 10.549/02, sendo esse motivo pelo qual a Advocacia-Geral é composta por duas carreiras, a de Advogado da União e a de Procurador da Fazenda Nacional, uma vez extinta a de Assistente Jurídico.

Outro ponto de destaque foi a criação da Procuradoria-Geral Federal, criada com a vigência da Lei n.10.480/2002, que, em seus artigos, previu ser a PGF vinculada à AGU (art. 9º), possuindo competência para a representação judicial e extrajudicial das Autarquias e Fundações Públicas Federais e para praticar as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos referentes a elas (art.10), além de poder criar o cargo de Procurador-Geral Federal (art.11) e ratificar a integração dos cargos e seus ocupantes ao quadro próprio da Procuradoria-Geral Federal (art.12). Com essa criação, passou a ser possível a centralização da representação judicial e a liberação dos Procuradores Federais para o exercício da atividade de consultoria e assessoramento jurídicos das entidades de Administração Indireta, o que aprimorou o cumprimento das competências da Instituição e reestruturou a

rede de advogados públicos e procuradores federais pelo território nacional, aumentando a eficiência da AGU.

Foi criado, também, no âmbito da Procuradoria-Geral da União, o Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa, instituído pelo Ato Regimental n. 7, de 11 de outubro de 2007, para tratar especificamente da recuperação de perdas patrimoniais sofridas pela União e da execução de títulos judiciais e extrajudiciais, estando inclusos os expedidos pelo Tribunal de Contas da União.

Ademais a Lei Complementar n. 73/93 trata em seus artigos 2º, §3º, 17 e 18, de forma clara e extensiva, dos “órgãos jurídicos das autarquias e fundações”, sem fazer, entretanto, qualquer restrição ou ressalva em relação ao órgão autárquico do Banco Central do Brasil, cabendo, portanto, a possibilidade de o intérprete da norma incluí-lo como órgão vinculado à AGU. Outro dispositivo inovado pela Lei Complementar nº 73/93 foi o modelo de advocacia consultiva, que ainda hoje continua igual em significação e cuja previsão é encontrada no §1º do art. 3º. Esse dispositivo ratifica o Advogado-Geral da União como o mais elevado órgão de assessoramento do Poder Executivo, o que o coloca em um patamar superior ao do Consultor-Geral da República, definido, no §1º do artigo 2º, como diretamente subordinado àquele.

3.2 Órgãos da Advocacia-Geral da União

3.2.1 Órgãos de direção superior:

São órgãos de direção superior: Advogado Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultoria-Geral da União, Conselho Superior da Advocacia Geral da União e Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

3.2.2 Órgãos de execução

Como órgãos de execução, são definidas as: Procuradorias Regionais da União, Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional, Procuradorias da União nos Estados e no Distrito Federal, Procuradorias da Fazenda Nacional nos Estados e no

Distrito Federal, Procuradorias Seccionais da União, Procuradorias Seccionais da Fazenda Nacional, Consultoria da União e Consultorias Jurídicas nos Ministérios.

3.2.3 Órgãos Vinculados

Os órgãos vinculados, por sua vez, são as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias e fundações públicas federais, órgãos que dizem respeito a atividades finalísticas da AGU.

3.2.4 Órgãos de Administração

Por fim, como órgãos de administração, tem-se o Gabinete do Advogado-Geral da União, Diretoria-Geral de Administração, Centro de Estudos e Secretaria de Controle Interno.

A Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 21, em harmonia com o dispositivo constitucional (art. 131, § 2º), define que o ingresso nas carreiras da AGU dar-se-á mediante concurso público de provas e títulos, não sendo possível outra forma de ingresso nas carreiras da Instituição, salvo o cargo de Advogado-Geral da União, exercido por pessoa escolhida pelo Presidente da República, levando em conta os requisitos constitucionais expressos no art. 131, § 1º.

3.3 Competências da AGU

A regulação da Advocacia-Geral da União pela LC n. 73/93 trata exhaustivamente da designação de funções aos órgãos que a integram. Essas atribuições e competências cabem principalmente ao seu dirigente máximo, o Advogado Geral da União, cujas principais funções são: Representar a União perante o Supremo Tribunal Federal; proteger a norma legal impugnada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade; assessorar o Presidente da República em temas de natureza jurídica, devendo sugerir a edição de normas, inclusive medidas e diretrizes; auxiliar o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração; e, por fim, propor ao Presidente da República medidas jurídicas oriundas do interesse público.

A participação judicial dos órgãos da AGU abarca todas as instâncias e esferas do Poder Judiciário, havendo uma participação privativa de seus órgãos junto aos tribunais brasileiros, especialmente aos Tribunais Regionais Federais,

Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal. O Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral Federal possuem a competência para agir em quaisquer juízos e Tribunais. Importante ainda que nessa atuação contenciosa ou postulatória, por definição do art.22 da Lei 9.028/95, a AGU e seus órgãos vinculados permanecem autorizados a representar no âmbito judicial os membros dos Poderes da República, das Instituições Referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição Federal, assim como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais e de cargos de natureza excepcional, de direção de assessoramento superiores e daqueles efetivos. Possuem, ainda, a competência de impetrar ação penal privada ou de representação, diante do Ministério Público, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares.

4 A AGU NO CONTROLE DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

No exercício de suas funções, a Advocacia-Geral da União desempenha atividade postulatória e preventiva em ações voltadas para o controle de legalidade e legitimidade, objetivando a realização das suas atribuições constitucionais e a sustentação do Estado Democrático de Direito.

A atuação da Advocacia-Geral da União possui caráter abrangente, envolvendo diversas matérias de interesse da União, suas autarquias e fundações públicas federais. Além disso, atua também na defesa da probidade administrativa e combate à corrupção, direito internacional, como já foi citado, e em assuntos relativos aos servidores militares, direito eleitoral, matéria tributária, bem como regulação do mercado financeiro, o que evidencia a abrangência do seu papel.

Por transitar no assessoramento e consultoria e na defesa judicial e extrajudicial de todas as matérias de competência da União, suas autarquias e fundações, a AGU examina ou defende, juridicamente, todas as políticas públicas de âmbito federal. Em decorrência disso, pode-se destacar dois momentos da sua atuação: o primeiro, de caráter preventivo, serve de orientação para o gestor público; é desempenhado pelos Advogados Públicos Federais das Consultorias Jurídicas, focando na formulação das políticas públicas. Já o segundo demonstra uma natureza combativa, repressiva ou postulatória, contrapondo-se ao primeiro, no sentido de que foca na etapa de implantação da política pública. É encabeçado pelos órgãos de contencioso judicial da AGU.

A conexão entre o papel da AGU e a defesa do interesse público se mostra claramente nas situações supracitadas, visto que o controle da legalidade das políticas públicas e dos atos administrativos impede os desvios de finalidade e agressão a tais interesses. Partindo dessa premissa, percebe-se a finalidade preventiva da atividade consultiva,

[...] na medida em que impede que políticas públicas formuladas venham, no momento da sua implementação, a ser consideradas contrárias ao ordenamento jurídico, e, portanto, questionadas judicial ou extrajudicialmente (AMORIM, 2012, p. 144).

Importante destacar também, a atuação da AGU junto ao Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal (PAC), que consiste num grande aglomerado de ações governamentais com o objetivo principal de acelerar crescimento da economia, aumentando o emprego e a renda e diminuindo as desigualdades sociais e regionais. Possui como fundamento a macroeconomia que o Brasil vem implementando nos últimos anos, a qual visa o controle da inflação, consistência fiscal e o controle das dívidas externas. O principal alvo do PAC é o aumento dos investimentos do setor privado. Nesse sentido, o Governo Federal implantou políticas de aumento do crédito e redução de juros, melhoria ao ambiente de investimento, investimentos em infraestrutura e melhoria do sistema tributário.

O Advogado-Geral da União merece destaque especial por sua relevância. É responsável por receber intimações e notificações, assinar peças processuais e fazer sustentações orais em relação às ações e recursos perante o STF, relativas a ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, o que representa seu grandioso efeito em questões de controle de constitucionalidade.

Como exemplos do desempenho das atividades acima citadas, pode-se trazer a emblemática Ação Popular (PET) n. 3388 – Atuação da AGU na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. A garantia, nesse caso, foi da concretização dos interesses dos povos indígenas, com a implementação de política pública, frente à ação movida por dois Senadores do estado de Roraima, questionando limites de terra demarcados pela Portaria nº 534/2015 e alegando prejuízos econômicos, instabilidade da segurança nacional (visto que a faixa demarcada

estava em área fronteira), e ofensa ao equilíbrio federativo, por ser de larga extensão.

A defesa deu-se no sentido ressaltar o caráter não econômico, distante da mera ocupação e exploração de terras, da posse indígena, exaltando a necessidade de se buscar a sobrevivência física e cultural dos índios, além de ratificar a garantia Constitucional da proteção às terras indígenas tradicionalmente por eles ocupadas.

5 UNIDADES CONSULTIVAS E DE CONTENCIOSO DE AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES

As competências das Procuradorias Federais estão, basicamente, delimitadas na Portaria PGF nº 172, de 21 de março de 2016, que as define exaustivamente. Como destaque, pode-se ressaltar as relativas ao exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito da autarquia ou fundação pública federal; fixação da interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação, quando não houver orientação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral Federal.

Importante ressaltar as atribuições dos Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais junto às autarquias e fundações públicas, entre as quais, além de dirigir e representar a respectiva Procuradoria Federal, envolvem o desenvolvimento, implantação e acompanhamento de estratégias específicas da AGU e da PGF, visando o assecuramento e alcance de objetivos e metas destas e da Procuradoria Federal, junto à autarquia ou fundação pública federal, com enfoque no zelo pela qualidade dos serviços desenvolvidos no âmbito institucional.

Entre as Procuradorias Federais com atividade desempenhadas no âmbito do Maranhão, podem ser destacadas as que atuam junto à Fundação Universidade Federal do Maranhão, [ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão, ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, as Procuradorias Federais especializadas no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, no Instituto Nacional de Seguro Social, as que atuam junto ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, ao Departamento Nacional de Produção Mineral e à Fundação Nacional de Saúde.](#)

Quanto às atribuições da Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado do Maranhão, a previsão encontra-se nos artigos 12 e 13 da LC nº 73 de 10 de fevereiro de 1993, evidenciando-se, principalmente, as funções de natureza tributária, como a apuração da liquidez e certeza da dívida ativa da União, assim como sua representação privativa na execução desta; compete à PGFN, também, o exame prévio da legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e a promoção da respectiva rescisão por via administrativa ou judicial; a representação da União nas causas de natureza fiscal e, por fim, o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados. Outras disposições acerca da PGFN podem ser encontradas no Decreto-Lei nº 147, de 03 de fevereiro de 1967, que trata da competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. A Procuradora-Chefe no MA é a dra. Kassia Barros Bezerra, e os subprocuradores-chefes são a dra. Danielle de Paula Maciel dos Passos e o dr. Marconi Ibiapina do Monte.

6 AGU NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Sabe-se que uma das atuações mais importantes da Advocacia-Geral da União gira em torno da defesa do Estado democrático de direito, valorando primordialmente o interesse público, no sentido de render os frutos recuperados de desvios ilícitos da verba pública, recompondo, dessa forma o patrimônio público, através da eficaz e comprometida ação dos Advogados Públicos Federais.

A ideia comum que se tem, é que a União sempre é ré nas ações que participa. Há, entretanto, ações nas quais a União é a parte autora, formulando pretensões, pleiteando pedidos e demandando condenações. A partir dessa premissa, em 2009, criou-se, no âmbito da AGU, um grupo permanente de atuação proativa, que atua em diversas frentes. É um grupo formado por Advogados Públicos espalhados pelo Brasil, voltados exclusivamente para a defesa do patrimônio público e da probidade administrativa.

Nesse âmbito, a Advocacia-Geral da União propõe ações de ressarcimento buscando a devolução de recursos desviados para os cofres públicos. Propõe também ações de improbidade administrativa (casos de desvio por pessoas físicas ou jurídicas desviam ou se apropriam de recursos públicos), por meio das quais visa

condenações de ressarcimento de danos, pagamento de multas, suspensão de direitos políticos, proibição de contratação do Poder público, entre outras sanções.

Além disso, outra importante frente do trabalho é a execução de acórdãos do TCU, importante parceiro da AGU no combate à corrupção. Quando o Tribunal de Contas profere uma decisão administrativa colegiada por vários julgadores que transita em julgado (tecnicamente chamada de acórdão), é encaminhada para a AGU, que atua promovendo sua execução. Essa execução implica em comunicação judicial do devedor, para que realize o pagamento do valor da multa ou devolução de recursos aos cofres públicos, e, caso isso não ocorra, podem requerer medidas constritivas de ataque ao patrimônio desses devedores, como a penhora de bens.

Em parceria com o Tribunal Superior Eleitoral, a União propôs, também, ações de ressarcimento contra prefeitos com mandatos cassados, ensejando em necessidade de realização de eleições suplementares. Em casos, por exemplo, nos quais a União firma acordos com os municípios para repasse de verbas com fins de execução de projetos e apura-se, ao fim, que o projeto não foi realizado e as verbas foram destinadas a fins ilícitos ou outras finalidades que não as propostas, a AGU pode pedir bloqueio de bens em juízo, mediante provas fortes de dilapidação de recursos e receio de que tais bens não mais venham a existir.

Nos casos de desvio internacional de bens, a União faz um trabalho investigativo ainda mais assíduo no sentido de localizá-los a todo custo e reavê-los. Já nos casos das empresas de fachada e dos "laranjas", o trabalho investigativo da União se dá no sentido de descobrir se a única finalidade da sua criação foi esconder dinheiro de outrem. Há, nesses casos, requerimento de desconsideração da personalidade jurídica dessas empresas-fantasmas por parte da AGU, mediante comprovação de seu uso para fins ilícitos.

Os casos de corrupção combatidos pela AGU são os mais diversos. Um dos mais representativos é o de funcionários fantasmas da União, no qual o dinheiro público é gasto para a manutenção dos salários desses funcionários, sem que, entretanto, o benefício seja convertido à própria União, havendo prejuízos aos cofres públicos. Nesse caso, as ações se dão no sentido de reaver tais recursos dispendidos.

A atuação da Advocacia-Geral da União não se dá de forma isolada, visto que ocorre quando provocada pelos outros órgãos, tais quais o Tribunal de Contas da União, a Controladoria-Geral da União, a Polícia Federal, assim como os outros ministérios. Funcionam como provedores de informações que noticiam as irregularidades, proporcionando efetividade na atuação do órgão em questão.

É importante evidenciar a necessidade de intensificar essa colaboração, o que vem ocorrendo, por exemplo, com as discussões entre a AGU e o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle para a realização de um pente-fino em todos os casos de demissão de servidores de autarquias e fundações federais por atos de improbidade nos últimos seis anos; destaca-se, também, a parceria feita com a Polícia Federal para que inquéritos policiais que envolvam improbidade no âmbito das autarquias e fundações federais sejam encaminhados para a ETR/Probidade, grupo criado em 2016, responsável pela representação judicial e assessoramento jurídico da administração federal indireta, para se dedicar exclusivamente às ações de combate à corrupção e defesa do patrimônio público.

Um caso de grande repercussão, inclusive internacionalmente, no que tange ao retorno de recursos aos cofres públicos, foi o acordo com o Grupo Ok, acusado de irregularidades relativas à construção do TRT de São Paulo. O Tribunal de Contas condenou o grupo ao pagamento de determinado valor, e, em seguida, a União ajuizou a execução com base nessa decisão. Entretanto, em decorrência da conhecida morosidade da justiça brasileira, foram encontradas muitas dificuldades para solver o débito. A partir disso, surgiu a possibilidade da realização de um acordo que girava em torno de R\$ 460 milhões, cujo aspecto mais positivo foi a celeridade no alcance do objetivo primordial, que é o retorno de recursos ao tesouro nacional.

Outro exemplo importante são as ações civis públicas ajuizadas contra os envolvidos no esquema de fraudes em contratos da Petrobrás, investigado pela operação Lava Jato. Em 2016, a AGU já havia proposto cinco ações pedindo a devolução de mais de R\$ 23 bilhões aos cofres públicos.

A AGU também ajuizou, nos últimos dois anos, cerca de 200 ações de improbidade administrativa contra pessoas e empresas envolvidas em irregularidades. Somente no âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF) – órgão da Advocacia-Geral da União responsável pela defesa judicial e

assessoramento jurídico das autarquias e fundações federais – foram, por exemplo, 305% mais ações de combate à corrupção em 2016 do que no ano anterior. O crescimento é resultado da criação da Equipe de Trabalho Remoto/Probidade (ETR/Probidade), uma força-tarefa especializada neste tipo de processo que começou a atuar em maio.

Durante o Seminário Internacional do G20 sobre Cooperação em Procedimentos Cíveis e Administrativos relacionados à corrupção, o advogado da União Homero Andretta destacou que “a corrupção deve ser encarada como um fenômeno internacional, seja porque nenhum país está imune a ela, seja porque o dinheiro desviado normalmente sofre um processo de lavagem internacional”. Esse correto posicionamento demonstra também a necessidade de uma expansão da cooperação internacional visando a repatriação desses recursos.

Há dois grandes destaques entre as mais recentes iniciativas tomadas pela AGU no combate à corrupção. A primeira delas é a criação do Laboratório de recuperação de Ativos (LABRA), que tem como objetivo reforçar a defesa do patrimônio público e o combate à corrupção, à improbidade administrativa e à malversação na aplicação de verbas federais por meio da implantação de um setor especializado em atuar em casos grandes e complexos, tendo como foco principal a localização e identificação de bens advindos de ações corruptas. Sua efetivação está a cargo de uma equipe de advogados da União, que trabalhará buscando superar um dos maiores obstáculos do combate à corrupção, que é justamente a recuperação patrimônio desviado.

A segunda tem enfoque na produção de um diagnóstico sobre como as instituições da advocacia pública do país enfrentam a corrupção, projeto encabeçado pela própria AGU, e que tem como propósito apresentar um estudo detalhado dos modelos de atuação existentes no país, orientar ações conjuntas com o Ministério Público e estabelecer uma agenda de reuniões entre as advocacias e procuradorias dos entes da federação. Busca fundamentalmente o fortalecimento da atuação proativa da advocacia pública no combate preventivo e repressivo à corrupção e à improbidade, defendendo o patrimônio público.

7 NOVOS HORIZONTES: A ADVOCACIA ESTRATÉGICA, CENTRAIS DE NEGOCIAÇÃO E OS NOVOS PARADIGMAS DE ATUAÇÃO

A advocacia estratégica surge com o intuito de efetivar as políticas públicas e os direitos dos cidadãos de forma objetiva e eficaz, superando as formalidades da atuação e prevenindo conflitos excessivos. Esse novo cenário de ação visa promover transformações institucionais e sociais, no sentido de que fomenta a visibilidade de parcelas populacionais excluídas, mudanças de normas e sensibilização social.

Partindo do conhecimento desse novo modelo de atuação, a Advocacia-Geral da União pode a dotar um novo *modus operandi*, voltando-se à resolução de conflitos, executando, assim, a totalidade de sua competência constitucional e exercendo protagonismo judicial.

Nessa acepção, o projeto das Centrais de Negociação inaugura e fortifica a nova era da resolução de conflitos fora da litigância judicial, com a pretensão de instituir, no âmbito da ação da AGU, rotinas de conciliação e resolução de conflitos sem a intermediação do Poder Judiciário. Cabe ressaltar que a expansão dos novos métodos de resolução de controvérsias tem sua importância largamente conhecida, especialmente no que tange a efetivação do direito de acesso eficiente à Justiça e à superação da crise em que se encontra.

A criação das Centrais de Negociação carrega consigo os objetivos de solucionar rapidamente conflitos judicializados, garantir a qualidade e a legitimidade das soluções, com a participação direta dos interessados, reduzir substancialmente o a quantidade de ações envolvendo a União, assim como o custo de suas condenações e o custo administrativos dos órgãos públicos envolvidos, além de disseminar a prática da negociação.

Considerando a eficiência da negociação para a pacificação social, solução e prevenção de litígios, além dos reconhecidos efeitos de redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesse, em 2012, a portaria nº 2 de 14 de dezembro criou, em caráter permanente, a figura das centrais já mencionadas no âmbito da Procuradoria-Geral da União.

Como consequência dessa implantação, até o ano de 2015, gerou-se um aumento na economia de 176,3%, saltando, em comparação a 2013, de R\$ 45,6 milhões para R\$ 126 milhões. Além disso, constata-se uma maior difusão da cultura

de resolução de conflitos, garantindo, dessa forma, o atendimento do interesse público. Destaca-se, portanto, o papel fundamental desse novo instituto para o efetivo desempenho das funções constitucionalmente atribuídas à AGU.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como disposto, o principal foco deste artigo foi mostrar a importância da Advocacia-Geral da União para a manutenção do funcionamento do aparelho estatal e discorrer acerca da Instituição como um todo, desde seu nascimento aos dias de hoje, assim como sua estrutura atual e funcionamento.

Neste sentido, foi analisado: o histórico da instituição, assim como os órgãos de funções análogas que a precederam; os integrantes da AGU, seus cargos e o âmbito de suas respectivas funções; as competências da AGU, que lhe foram atribuídas constitucionalmente e na esfera de sua lei orgânica; sua atuação no controle de legalidade e legitimidade, sobretudo no controle de atos administrativos e impedimento de desvio de finalidade, além da proteção do interesse público. Após essas definições, analisou-se a Advocacia-Geral da União no Maranhão, abordando principalmente suas instalações, funcionários e municípios em que se encontram suas sedes.

Outra importante abordagem girou em torno do importante e brilhante papel da AGU no combate a corrupção, que nos últimos anos de atuação vem desempenhando um excelente papel de proteção do erário, sobretudo, em sua reintegração. Tal desenvolvimento assegura as esperanças de um povo já esgotado por lidar com a corrupção descomunal no país. Por fim, foi mencionado no novo paradigma da Instituição, cujo maior expoente foram as Centrais de Negociação, as quais exibem seu sucesso no que tange a celeridade processual com resultados profícuos, especialmente para a União.

Desse modo, enaltecendo o disposto neste artigo, vê-se a importância da Advocacia-Geral da União para a manutenção do Estado democrático de direito, principalmente no excelente exercício das funções de assessoramento do Poder Executivo, defesa da norma constitucional perante o STF. Resta à AGU garantir a continuidade de seus serviços, especialmente quanto à defesa das políticas públicas estatais, mantendo, acima de tudo, o interesse público em primeiro lugar.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Filipo Bruno. **Advocacia-Geral da União e as políticas públicas: um estudo acerca da defesa judicial da União, no marco constitucional do Estado democrático de direito**, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/handle/235/5772>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL, Advocacia Geral da União. **Ato Regimental n. 5, de 19 de junho de 2002**. Dispõe sobre a competência, estrutura e funcionamento da Procuradoria-Geral da União e demais providências. Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/atos/federais/atr_agu_2002_5.pdf> Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. Brasília: CGU/AGU, 2011, 47p. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=153380&id_site=1104&aberto=&fechado=> Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. **Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp73.htm>.

_____. **Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA. Cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10480.htm>. Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. Advocacia-Geral da União. **Ato Regimental n. 7 de 11 de outubro de 2007**. Dispõe sobre a criação do Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/24755>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal. **Portaria n. 172 de 21 de março de 2016**. Dispõe sobre a estrutura, a organização e as atribuições das Procuradorias Regionais Federais, das Procuradorias Federais nos Estados, das

Procuradorias Seccionais Federais, das Procuradorias Federais junto às autarquias e fundações públicas federais e dá outras providências. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/82008>>. Acesso em 27 de jun. 2017.

_____. **Decreto-Lei n. 147, de 3 de fevereiro de 1967.** Dá nova lei orgânica à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0147.htm>. Acesso em: 27 jun. 2017.

COSTA, Alexandre Bernardino; SILVA, Adriana Monteiro da; SILVA, Beatriz Cruz da et al. **Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos da AGU.** Coordenação Jefferson Carús Guedes e Mauro Luciano Hauschild, Brasília: UNIP: UNAFE, 2009.

SOUTO, Carlos Araujo. **A AGU e a rede de controle governamental,** 2009. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/a-agu-e-a-rede-de-controle-governamental.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. Histórico e evolução da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado:** questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a 251 Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. VIEIRA

_____. Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas.** Brasília: CGU/AGU, 2011, 47p. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=153380&id_site=1104&aberto=&fechado=> Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. **Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp73.htm>.

_____. **Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002.** Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA. Cria a Procuradoria-Geral

Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10480.htm>. Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. Advocacia-Geral da União. **Ato Regimental n. 7 de 11 de outubro de 2007**. Dispõe sobre a criação do Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/24755>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal. **Portaria n. 172 de 21 de março de 2016**. Dispõe sobre a estrutura, a organização e as atribuições das Procuradorias Regionais Federais, das Procuradorias Federais nos Estados, das Procuradorias Seccionais Federais, das Procuradorias Federais junto às autarquias e fundações públicas federais e dá outras providências. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/82008>>. Acesso em 27 de jun. 2017.

_____. **Decreto-Lei n. 147, de 3 de fevereiro de 1967**. Dá nova lei orgânica à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0147.htm>. Acesso em: 27 jun. 2017.

DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA (LEI N.º 11.340/06) ÀS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS

LETÍCIA SILVEIRA SEERIG: Defensora Pública do Estado de Alagoas. Pós-graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Graduada pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

RESUMO: Este trabalho tem o intuito de estudar a possibilidade da aplicação da Lei n.º 11.340/06 (Lei Maria da Penha) às mulheres transexuais e travestis. A Lei Maria da Penha, a qual se origina de condenação sofrida pelo Brasil em plano internacional, é uma ação afirmativa que objetiva proteger a mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Para embasar a conclusão do trabalho, além de se estudar tratados internacionais atinentes ao tema violência doméstica e familiar contra a mulher, busca-se caracterizar as transexuais e as travestis, esclarecendo-se que elas pertencem ao gênero feminino. Ainda, a fim de respaldar os argumentos para a interpretação extensiva que deve ser dada à Lei n.º 11.340/06, traz-se à baila os “Princípios de Yogyakarta”, os quais servem de vetor interpretativo a tratados internacionais ratificados pelos países signatários, estabelecendo que todos têm direito de desfrutar dos direitos humanos livres de discriminação por sua identidade de gênero e o direito à identidade de gênero autodefinida por cada um como uma parte essencial de sua personalidade, autodeterminação, dignidade e liberdade. Por serem as transexuais e travestis mulheres, elas sofrem de toda carga emocional, cultural e moral que é ser mulher na sociedade contemporânea, merecendo amparo jurídico. Com efeito, defende-se a Lei Maria da Penha deve ser interpretada para contemplar mulheres transexuais e travestis, pois assim se autodeterminam. Agir de modo contrário é irracional, porquanto ofender-se-ia a dignidade da pessoa humana e se caracterizaria patente discriminação perante a lei. Para a confecção do presente trabalho, utilizou-se metodologia de pesquisa qualitativa, método de estudo dedutivo e técnicas de estudo bibliográfico e documental, mediante consulta à legislação brasileira, a diplomas internacionais e à doutrina. Ainda, examinaram julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Transexual; Travesti; Interpretação extensiva; Lei Maria da Penha.

1 Introdução

A Lei n.º 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, é importante instrumento de efetivação social e de proteção das mulheres, grupo vulnerável em função da cultura discriminatória e do tratamento, por vezes, ofensivo e agressivo dispensado a elas ao longo dos tempos, precipuamente em âmbito doméstico e familiar. Infelizmente, é grande a incidência de agressões físicas, psicológicas, sexuais, patrimoniais etc., como forma de menosprezo ao gênero, sofridas pelas mulheres em razão de atos cometidos por seus familiares e companheiros.

É nesse contexto que a Lei Maria da Penha se insere, como uma maneira de tratar esse problema institucionalizado no País por meio de medidas de proteção, garantindo-se a dignidade da pessoa humana às mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar.

Consta do artigo 5º da Lei em análise que "(...) configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no *gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial" (grifou-se). (BRASIL, 2006, *on-line*)

A partir dessa diretriz, questiona-se se a Lei Maria da Penha também se aplica às transexuais e travestis, as quais, embora possuam sexo genético masculino, identificam-se como mulheres, pois seu sexo psicológico é feminino e assim se identificam.

Isso posto, justifica-se o presente trabalho em razão da necessidade de se ter a aplicação da Lei Maria da Penha de maneira mais justa, isonômica, não-discriminatória, com fundamento na dignidade da pessoa humana. O intuito do trabalho é discutir juridicamente o tema violência doméstica e familiar praticado contra mulheres transgêneros e a aplicação de diplomas legais que possam tutelá-las de modo efetivo.

Para tanto, utilizam-se metodologia de pesquisa qualitativa, o método de estudo dedutivo, e as técnicas de estudo bibliográfico e documental, mediante consulta à legislação brasileira e diplomas internacionais e à doutrina. Ademais, examinaram julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Superior Tribunal de Justiça.

2 Do fundamento constitucional e convencional da Lei n.º 11.340/06

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 226, §8º, garante que o Estado assegurará a assistência à família e a cada um de seus membros por meio de mecanismos que coíbam a violência no âmbito de suas relações. Trata-se, portanto, de disposição que não se aplica de modo específico aos casos de violência de gênero, uma vez que prevê a necessidade de proteger cada integrante da família. (BRASIL, 1988, *on-line*)

No que toca à proteção da mulher, diversos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil preveem a necessidade de o Estado assegurar especial atenção a esse grupo vulnerável. Isso se dá para compensar as desigualdades históricas entre os gêneros masculino e feminino, no intuito de assegurar às mulheres tratamento igualitário dispensado aos homens, bem como seu efetivo respeito. (LIMA, 2016, p.897).

Em 1979, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a qual foi aprovada, em âmbito nacional, em 1994, sendo promulgada pelo Presidente da República em 2002, por meio de Decreto n.º 4.377. Consoante afirma Lima (2016, p. 897), essa Convenção prevê a possibilidade de adoção pelos Estados de ações afirmativas, a fim de que se promova a igualdade entre os gêneros por intermédio de políticas compensatórias que acelerem a igualdade de gênero e incentivem a construção de outra cultura, eliminando-se a discriminação da mulher.

Durante a Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas realizada em Viena (Áustria), em 1993, definiu-se a violência praticada contra a mulher como uma espécie de violação dos direitos humanos. (LIMA, 2016, p. 897).

Em âmbito regional, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica*, também denominada de *Convenção de Belém do Pará*, foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos e incorporada pelo ordenamento jurídico nacional brasileiro pelo Decreto n.º 1.973/96. Na oportunidade, definiu-se que se caracteriza “violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.” (BRASIL, 1996, *on-line*).

A partir dessas normas internacionais de proteção da mulher, há o processo de especificação do sujeito de direito. No âmbito jurídico internacional, a mulher passa a ser vista em função de sua especificidade e concreticidade, possibilitando-se que um sistema genérico de proteção dos indivíduos conviva harmonicamente com um sistema especial de proteção de indivíduos que demandam maior atenção em razão de sua vulnerabilidade. (PIOVESAN, [199-?], *on-line*).

Não obstante todas as disposições normativas referidas, com as quais o Brasil se comprometeu para legislar e efetivar políticas públicas de proteção às mulheres em razão de sua vulnerabilidade e de seu tratamento desigual, a Lei Maria da Penha não adveio delas. Na realidade, a Lei n.º 11.340/06 foi elaborada a fim de atender à recomendação da Organização dos Estados Americanos (OEA) em função de condenação imposta ao Brasil pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH) no caso n.º 12.051, em 2001, o qual ficou conhecido como "Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil". (LIMA, p. 898).

3 Da Lei n.º 11.340/06 (Lei Maria da Penha)

A Lei Maria da Penha se dá como resposta à cultura discriminatória da mulher em âmbito doméstico e familiar, que se efetiva mediante agressões físicas, psicológicas, sexuais, patrimoniais etc., como forma de menosprezo ao gênero. Trata-se de uma forma mais enérgica de tratar esse problema institucionalizado no País.

Legislar sobre o assunto possibilitou que a sociedade brasileira quebrasse o tabu acerca do tema. A violência de gênero no âmbito doméstico, a partir de 2006, é mais debatida não apenas pelos acadêmicos ou profissionais das áreas da saúde e das ciências humanas, mas também por toda a sociedade, permitindo-se que a violência contra a mulher seja identificada, questionada e combatida.

Garantir a dignidade da pessoa humana é a principal função da Lei 11.340/06. Esse corolário estipula que todo indivíduo deve ter sua dignidade respeitada e resguardada pelo simples fato de ser *humano*. Com isso, há um complexo de direitos que cada sujeito deve ter respeitado, como o direito à vida, à saúde, à intimidade, à autodeterminação de gênero, a uma vida digna etc. (SARLET, 2001, p.60)

Para Ingo Sarlet (2001, p.60) a dignidade da pessoa é uma qualidade inerente ao ser humano, fazendo-o com que seja merecedor de respeito e consideração não apenas por parte do Estado, mas por toda a sociedade, pois se trata de um direito que deve ser reconhecido também na esfera horizontal. É a dignidade da pessoa humana que embasa as garantias de condições mínimas existenciais para uma vida saudável, tanto no que toca a aspectos sociais e transindividuais, como a aspectos individuais.

Conforme lembra Stela Valéria Cavalcanti (2010, p.84), o desrespeito à mulher por meio da prática de violência doméstica é uma das formas de violação da dignidade humana e, por conseguinte, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos^[1]. Com efeito, essa violação de direitos deve ser combatida pelo Estado, mediante mecanismos efetivos de atuação, e pela sociedade, por meio do respeito à diferença que reside em cada indivíduo e que o faz único.

Outro objetivo do diploma legal em comento é a consecução da igualdade material entre os gêneros por meio de políticas públicas eficazes, para que haja efetiva igualdade entre os cidadãos. (CAVALCANTI, 2010, p. 112).

Deve-se respeitar, apoiar e estimular as diferenças entre os indivíduos – as quais são as características individualizadoras de cada ser humano –, ao mesmo tempo em que as desigualdades devem ser combatidas. Assim, possibilita-se a utilização de ações afirmativas (também denominadas de “ações discriminatórias” ou “ações positivas”) em favor das minorias vulneráveis, no intuito de diminuir a desigualdade. Nas palavras de Stela Valéria Cavalcanti (2010, p. 122), busca-se “promover a igualdade daqueles que se encontram excluídos por preconceitos arraigados no seio da sociedade”.

Essas ações positivas, que podem ser implementadas como políticas públicas ou privadas voltadas à garantia da igualdade material e neutralização dos efeitos discriminatórios por questões de gênero, raça, idade, compleição física etc., são medidas temporárias e especiais. Elas têm o condão de assumir um papel educativo na sociedade, na medida em que assumem postura pedagógica, visando propagar o “(...) princípio da pluralidade e da diversidade do convívio humano contidos na política de compensação/reparação de grupos sociais historicamente marginalizados”. (CAVALCANTI, 2010, p. 138 e 140).

A Lei Maria da Penha, a partir da violência comum, criou novas espécies de agressões, que ocorrem quando praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, familiar ou de intimidade (artigo 5º da Lei n.º 11.340/06). Nesse contexto, conta a mulher não apenas com institutos repressivos, com penas maiores para os delitos praticados nos termos da Lei, mas, sobretudo, com mecanismos preventivos, assistenciais e de proteção previstos nos artigos 8º, 9º e 11 da Lei 11.340/06, como forma de coibir a agressão ou de amparar a mulher e seus dependentes. (CUNHA, 2009, p.1056)

É nesse cenário que a Lei n.º 11.340/06 age, para que se ponham em prática mecanismos que coíbam e previnam a violência doméstica e familiar contra a mulher, por meio da repressão da prática desses atos de forma mais enérgica e de medidas de assistência e de proteção às mulheres em situação de vulnerabilidade em função da violência.

4 Da aplicação da Lei n.º 11.340/06 às transexuais e travestis

Consoante referido alhures, a Lei Maria da Penha foi elaborada no intuito de proteger com maior efetividade as mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar e de punir mais rigorosamente esses atos de violência baseados no gênero, nos termos dos artigos 1º e 5º da Lei n.º 11.340/06. (BRASIL, 2006, *on-line*).

Questiona-se, assim, se o diploma legal em análise também se aplica a vítimas transgêneros mulheres, como às transexuais e travestis.

4.1 Da diferenciação entre sexo, orientação sexual e identidade de gênero

Antes de caracterizar as transexuais e travestis, faz-se necessário compreender os conceitos jurídicos de sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Tratam-se de termos que não se confundem e que demandam uma análise atenta para que possam se harmonizar de acordo com a individualidade de cada ser.

Compreende-se por sexo, em sua acepção biológica e morfológica, a forma de identificação dos seres pelos órgãos genitais femininos e masculinos (DIAS, 2014, p. 42).

Nas palavras do Ministro Luis Felipe Salomão (STJ, 2017, *on-line*), o sexo é um “parâmetro distintivo dos seres”, os quais são identificados como machos/fêmeas,

homens/mulheres, a partir de uma análise de fatores biológicos, sociais e psicológicos. A partir desse contexto de fatores, o sexo pode ser classificado a partir do sexo cromossômico ou genético; do sexo endócrino, o qual é determinado pela análise das glândulas reprodutoras; do sexo morfológico, quanto à forma ou aparência dos órgãos genitais; do sexo psicológico ou psicossocial, o qual é aquela concepção de gênero que a pessoa tem sobre si mesma; e do sexo jurídico, que diz respeito àquele que consta do registro civil de nascimento do indivíduo.

Maria Berenice Dias (2014, p. 42-43) esclarece que a “orientação sexual indica o impulso sexual de cada indivíduo, (...) tendo como referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual”. Para exemplificar, a autora afirma que, caso o indivíduo tenha impulso por pessoa que tem identidade de gênero diverso do seu, é considerada heterossexual. Sendo por alguém do mesmo gênero, é homossexual. E, por fim, se a atração for por pessoas do sexo feminino e do masculino, é considerada bissexual.

A identidade de gênero, por sua vez, refere-se à percepção pessoal que cada ser tem sobre si, independentemente de seu sexo genético, endócrino, morfológico e jurídico. Não há, portanto, uma determinação prévia em função do sexo no que toca à identidade de gênero, uma vez que ela independe de aspectos físicos ou jurídicos para que cada indivíduo tenha sua essência e a percepção de si. Por isso, inclusive, afirma-se que a identidade de gênero deve prevalecer caso a pessoa não se identifique com seu sexo, a fim de que se garanta sua dignidade. (CUNHA, L. 2015, p. 19).

Portanto, é no contexto da identidade de gênero que se inserem as transexuais e travestis, que se caracterizam por se sentirem desconexas no que toca ao gênero à luz dos aspectos sociais impostos quanto ao seu sexo biológico e jurídico.

4.2 Das transexuais e travestis

Os indivíduos transgêneros não se identificam com seu sexo biológico. Em razão dessa desconexão entre o aspecto biológico e o aspecto psíquico, essas pessoas podem sentir um grande desconforto com seu corpo por não se sentirem pertencentes ao seu sexo biológico, motivo pelo qual procuram meios para que se conectem com sua essência, usando roupas características do gênero com o qual

se identificam, submetendo-se a terapia com hormônios e realizando procedimentos para a modificação corporal. (CORREIO BRAZILIENSE, 201[?], *on-line*).

Dentro do contexto da aplicação da Lei Maria da Penha, importa estudar os conceitos de transexual e de travesti, ambos espécies do termo “transgêneros”.

Os transexuais são indivíduos que, via de regra, desde as primeiras fases da vida, sentem-se não pertencer ao seu gênero. Há uma discrepância entre o aspecto psíquico e o aspecto biológico e social, pois sentem que não pertencem àquele corpo com aquelas características. Por isso, sentem a necessidade de adequarem seu corpo, comportamentos e vestes ao gênero a que se sentem pertencentes. (DIAS, 2014, p. 42-44).

Nas palavras do Min. Luis Felipe Salomão (STJ, 2017, *on-line*), os transexuais têm certeza de que “pertencerem ao gênero oposto àquele designado no nascimento. (...) O transexual deseja viver e ser aceito como pessoa do gênero oposto.”.

Por outro lado, esse grupo não se confunde com as travestis, cujo conceito ainda causa divergência. Para grande parte da comunidade LGBT, a travesti, mesmo que “(...) invista em roupas e hormônios femininos, tal qual as mulheres transexuais, não sente desconforto com sua genitália e, de maneira geral, não tem a necessidade de fazer a cirurgia de redesignação sexual”. (CORREIO BRAZILIENSE, 201[?], *on-line*). Desse modo, as travestis convivem em harmonia com seu sexo e se sentem bem ao se vestirem como o sexo oposto, porquanto com ele se identificam. (DIAS, 2014, p. 42-44).

Ainda, importa referir, apenas a título de diferenciação terminológica, que a denominação travesti não é sinônima do termo *drag queen*. Os homens que se identificam como *drag queens* são indivíduos que estão em harmonia com seu gênero. Tratam-se, na realidade, de “homens que se vestem como mulher de maneira caricata com o intuito de realizar performances artísticas, que incluem canto e dança, geralmente em festas e casas noturnas”. (CORREIO BRAZILIENSE, 201[?], *on-line*).

Dito isso, tem-se que as transgêneros, notadamente as transexuais e as travestis, assumem sua personalidade ao se autoafirmarem como mulheres, ou seja,

se reconhecem como indivíduos do gênero feminino. Com efeito, agem e pensam como mulheres, assumindo características do gênero ao qual efetivamente pertencem.

4.3 Da proteção jurídica aos transgêneros

Todo indivíduo é dotado de *dignidade*. Sendo um atributo intrínseco ao ser humano, há o reconhecimento desse valor pelo ordenamento jurídico como um vetor, que abarca um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões.

Tutelando-se a dignidade da pessoa humana, há a proteção do indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe uma vida digna com condições mínimas existenciais, bem como a preservação de sua “individualidade e autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais)”. (STJ, 2017, on-line).

A partir da noção de dignidade da pessoa humana, que é considerada na sua multifuncionalidade, como uma norma-princípio e um princípio da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, CRFB) e da concepção do filósofo Immanuel Kant – que reconhece que nenhuma pessoa deve ser reconhecida como meio, de modo a sacrificá-la, para alcançar objetivos, mas sim como um fim em si mesma –, tem-se que os transgêneros devem ter suas individualidades respeitadas e assim consideradas por todos.

O Brasil ratificou diversos instrumentos internacionais que tutelam os direitos humanos, dentre os quais merecem destaque por serem concernentes ao tema a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948; a Declaração de Pequim, de 1995, que assegura tratamento igualitário às mulheres; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1984; a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominado de *Pacto de San José da Costa Rica*, de 1969; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994. Todos esses diplomas reconhecem e asseguram os direitos humanos pertencentes a todos indivíduos em razão de sua dignidade, assegurando o direito à vida, à identidade, à autodeterminação, à intimidade, à integridade física, moral e mental, à liberdade etc.

Notadamente, em plano internacional, a Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos elaborou, em colaboração de especialistas de 29 nações, inclusive do Brasil, os “Princípios de Yogyakarta”, os quais consistem em “um conjunto de cânones e preceitos jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação dos países às violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e na identidade de gênero (real ou percebida)”. (STJ, 2017, on-line).

Os Princípios de Yogyakarta tratam-se de *soft law*, ou seja, não possuem efeito cogente, com aplicações de sanções. No entanto, servem de embasamento à aplicação e interpretação dos Tratados Internacionais ratificados pelos países signatários. Neste sentido é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual reconheceu que a identidade de gênero deve ser respeitada e protegida à luz desses princípios:

En este sentido, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, constituyen una norma de *soft law* ilustrativa del referido proceso evolutivo a la hora de interpretar las convenciones internacionales y también representan una pauta de orientación hermenéutica a los fines de incorporar el enfoque de identidad de género para una lectura eficaz de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Consideramos que este ciclo de interpretación evolutiva debe reconocer, como punto de cierre, la postura jurisprudencial de la Corte al sostener de manera expresa la inclusión de la categoría de identidad de género como elemento prohibitivo de discriminación de conformidad con el artículo 1.1 de la CADH (“Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, párr. 91), a pesar de que el caso de fondo sometido a su competencia contenciosa sólo estaba vinculado a un asunto de discriminación por orientación sexual. (CIDH, 2016, on-line)

Nesse diapasão, uma das recomendações expressa no documento denominado “Princípios de Yogyakarta” trata da interpretação ampliativa que deve ser dada à legislação internacional que trata sobre direitos humanos, direito à vida

e das pessoas de orientações sexuais e identidade de gêneros diversas, garantindo-se que não haja limitação de direitos e liberdades. (CLAM, 2016, p. 37)

O princípio n.º 2 prevê o direito à igualdade e à não discriminação, nos seguintes termos:

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o [s/c] objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico. (CLAM, 2006, p. 12 e 13)

Destaca-se que a discriminação contempla atos de distinção, exclusão, restrição ou preferência que se embasa na orientação sexual ou de identidade de gênero que possam anular ou prejudicar direitos previstos em lei. Portanto, privar os indivíduos transexuais ou travestis – que são pertencentes ao gênero feminino, pois assim de autodeterminam – da proteção prevista na Lei n.º 11.343/06 é afrontar os direitos humanos assegurados a essas pessoas em função da discriminação pela identidade de gênero.

O artigo 3º do mesmo diploma traz à baila o direito ao reconhecimento perante a lei. Reconhece-se que a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa constitui "(...) parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade". (CLAM, 2006, p. 13).

Ao longo do texto, são previstos também os direitos à vida (princípio n.º 4), à segurança pessoal (princípio n.º 5), à privacidade (princípio n.º 6), ao padrão mais alto alcançável de saúde física e mental (princípio n.º 17), à liberdade (princípios n.º 20 a 22), a constituir família (princípio n.º 24), a direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes (princípio n.º 28) etc. (CLAM, 2006).

Nesse mesmo sentido, importa destacar também a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação (assinada, mas ainda não ratificada pelo Brasil). Esse diploma repudia qualquer ato que distinga, exclua, restrinja ou dê preferência, em qualquer área da vida privada ou pública, com o fito de anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício do direito à identidade e à expressão de gênero (artigo 1º). (OAS, 2006, p. 3, *on-line*).

Com efeito, vislumbra-se que os diplomas normativos respeitam a autodeterminação e a identidade de gênero na sua essência, de modo a não condicionar, por exemplo, a cirurgia de transgenitalização. Trata-se da aplicação do princípio da igualdade e da tutela da dignidade da pessoa humana, pois reconhece-se que, para que um indivíduo pertença a outro gênero que não aquele relativo ao seu sexo biológico, basta que se identifique com o gênero oposto e que a ele se sinta efetivamente pertencente. É o que leciona Leandro Reinaldo Cunha, citado pelo Ministro Luis Felipe Salomão (STJ, 2017, *on-line*):

Entende-se por razoáveis diferenciações normativas vinculadas a uma justificativa objetiva, fundada em critérios e juízos valorativos tidos como adequados de forma genérica, demonstrada uma finalidade que se mostre compatível com o fim colimado por aquela diferenciação. Se a imposição distintiva se mostrar arbitrária, se ela não se coaduna com a natureza da desigualdade, não leva à igualdade, mas ao privilégio, a uma discriminação.

É esta, pois, em síntese, uma diferenciação desarrazoada ou arbitrária. Assim, não se pode fomentar um raciocínio em

que se separa os iguais, sem qualquer critério efetivamente admissível, pelo simples fato de serem pessoas com uma constituição genital diferente, em decorrência de sua orientação sexual, ou qualquer coisa que o valha.

Não é coerente tratar-se de forma desigual apenas fundando-se em preceitos que são socialmente impostos e que não se sustentam por si

só, tornando o sistema jurídico um refém de uma visão antiga e desprovida de efetivação social.

(...)

É de se entender que juntamente com o direito da igualdade nasce como direito fundamental a prerrogativa de ser diferente e ter esta condição respeitada, com o direito de exigir um tratamento igualitário nas circunstâncias em que a existência de diferenças tem força para inferiorizar, ou ainda exigir que se garanta o direito de ser diferente toda

vez que a igualdade tiver o poder de descaracterizar quem se é, com uma igualdade que reconheça a existência de diferenças, bem como que essa não venha a produzir ou fomentar desigualdades.

Inclusive, a jurisprudência brasileira está consolidada no sentido de ser dispensável a cirurgia de transgenitalização aos transexuais para que possam alterar seu nome e seu sexo jurídico. Isso demonstra que os operadores do direito têm consagrado os valores da dignidade da pessoa humana, respeito, tratamento igualitário e não discriminatório e da preservação da integridade moral, psíquica e física do indivíduo. (STJ, 2017, p. 26 e 27 *on-line*).

Portanto, para que o sistema jurídico seja um mecanismo de efetivação social, os operadores jurídicos devem permanecer desvinculados de visões míopes, desconectadas da realidade, para que se continue concretizando o respeito a cada ser humano em função de sua individualidade e autodeterminação.

4.4 Da aplicação da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06) às transexuais e travestis

A Lei n.º 11.340/06, consoante referido alhures, é aplicada para os casos de violência praticada contra mulher em função de seu *gênero*. O legislador não criou restrições à aplicação do diploma protetivo, ao contrário, condicionou apenas que a lei fosse em prol da mulher, em função de seu gênero, por se tratar de uma parcela de indivíduos que sofre preconceito, menosprezo, violências das mais variadas formas ao longo dos tempos em função de serem rotuladas como incapazes de ter opinião, sensíveis, incompetentes para tarefas intelectuais, dentre outras noções preconceituosas, tudo em função do sistema patriarcado que ainda está arraigado à cultura brasileira.

Pertencer ao gênero feminino nunca foi tarefa simples. A sociedade tem avançado no tratamento dispensado às mulheres, da mesma forma que as leis têm caminhado nesse sentido, até mesmo como uma forma pedagógica, trazendo ao lume a possibilidade de discussão sobre o tema da violência doméstica praticada contra a mulher. Portanto, independentemente do sexo genético do indivíduo, o fato de um indivíduo pertencer ao gênero feminino o torna vulnerável, justamente em função da construção cultural, merecendo ser tutelado pela lei sem qualquer discriminação, fundado na igualdade e na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, no parecer esposado no RE 670.422/RS, ressaltou que a Lei Maria da Penha se aplica à transexual vítima de violência doméstica ou familiar, independentemente de realização de procedimento cirúrgico e retificação prévia de registro civil.

Em relação à aplicação da Lei Maria da Penha, a transexual, desde que convivendo em um ambiente familiar, dentro de uma relação íntima de afeto, está no campo de sua proteção. A Lei não cria qualquer restrição às transexuais, tampouco exige prévia retificação do registro civil ou cirurgia de adequação de sexo, e onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo. (...) (STJ, 2017, p. 28. On-line).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo (2015, p. 4), em sede de mandado de segurança, interpretando extensivamente a Lei Maria da Penha, aplicou medidas de segurança a transexual mulher:

Todavia, a lei em comento deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

[...]

A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como GABRIELA, e não como JEAN CARLOS.

Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a IMPETRANTE pertence ao gênero feminino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido.

Ainda, oportuno frisar que, em regra, a interpretação extensiva – a qual se dá quando o intérprete da lei amplia o significado de uma palavra para contemplar o verdadeiro significado da norma – não confira analogia *in malam partem* para grande parte da doutrina, não sendo vedada pelo ordenamento jurídico penal. Isso porque, quando da ampliação de uma palavra para que se compreenda seu real significado, não é relevante que tal interpretação se dê a favor ou em benefício do réu. (CUNHA, 2016, p. 61 e 62)

Eugênio Raúl Zaffaroni, citado por CUNHA (2016, p. 62), apesar de defender a observância do *in dubio pro reo* como regra interpretativa, reconhece que, em casos excepcionais, como quando a “aplicação restrita resulta num escândalo por sua notória irracionalidade”, é preciso que a lei penal seja interpretada extensivamente. Portanto, a interpretação extensiva dos termos “violência de gênero” e “mulher” devem contemplar indivíduos que se autodeterminem como mulheres, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana e conseguinte retrocesso jurídico e social.

Recentemente, em novembro de 2018, o Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher aprovou, por unanimidade, o enunciado n. 46 nos seguintes termos: “A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006 – APROVADO POR UNANIMIDADE – IX FONAVID – Natal”.

Com efeito, no âmbito da violência doméstica e familiar, a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção da mulher nascida geneticamente com o sexo feminino, mas sim do indivíduo que se autodetermina mulher, assim se apresentando socialmente e psicologicamente. Apenas sob essa ótica se resguarda, com efetividade, os direitos fundamentais das pessoas pertencentes ao gênero feminino, tais como direito à liberdade de desenvolvimento e de expressão humana, ao reconhecimento perante a lei, à intimidade, à privacidade, à igualdade, ao bem-estar biopsicofísico, à felicidade e, precipuamente, à não discriminação, eliminando-se as desigualdades fáticas que as colocam em situação de inferioridade.

5 Conclusão

O estudo mostrou, num primeiro momento, que a Lei Maria da Penha foi criada como forma de proteger e sancionar atos de agressão contra as mulheres em âmbito doméstico e familiar de modo mais rígido, e, por conseguinte, assegurar a elas tratamento igualitário dispensado aos homens, por intermédio da compensação das desigualdades históricas, decorrentes do patriarcado e do machismo, entre os gêneros masculino e feminino.

No que concerne à aplicação da Lei n.º 11.340/06 às mulheres transexuais e travestis, tem que estes dois grupos, embora nasçam com sexo genético masculino, sentem-se pertencer ao gênero oposto, desejando viver e serem aceitas pela sociedade como mulher e não como predeterminado biologicamente. Em virtude desse descompasso entre o sexo biológico e o psicológico, é comum que as mulheres transexuais não aceitem suas genitálias e demais características corporais, pois entendem não pertencer àquele corpo. As travestis, por outro lado, mesmo que utilizem roupas e hormônios femininos, como ocorre com as transexuais, não sentem desconforto com sua genitália.

A elas aplicam-se, em plano internacional, os “Princípios de Yogyakarta”, os quais se tratam de *soft law*, servindo de embasamento à aplicação e interpretação

dos tratados internacionais ratificados pelos países signatários. Dentre os princípios trazidos por esse diploma, destacam-se o direito que todos têm de desfrutar dos direitos humanos livres de discriminação por sua identidade de gênero e o direito à identidade de gênero autodefinida por cada um como uma parte essencial de sua personalidade, autodeterminação, dignidade e liberdade.

As transexuais e travestis são mulheres e, como tais, sofrem da carga emocional, cultural e moral que é ser mulher na sociedade contemporânea. Ou seja, justamente por serem mulheres, sofrem todo o peso que é pertencer ao gênero feminino em um País em que ainda está arraigado o patriarcado e o machismo. Portanto, deve-se realizar interpretação extensiva da Lei Maria da Penha para contemplar no âmbito de proteção da norma mulheres transexuais e travestis, pois assim se autodeterminam.

Pensar de outra forma e aplicar a Lei em estudo de modo diverso caracterizaria atos de distinção, exclusão, restrição e preferência baseada na identidade de gênero, pois anularia ou prejudicaria direitos previstos em lei, e, por conseguinte, afrontaria os direitos humanos assegurados a essas pessoas.

Por derradeiro, importa referir que pertencer ao gênero feminino não é tarefa simples, notadamente quando o assunto envolve violência doméstica ou familiar praticada contra a mulher. Portanto, independentemente do sexo genético do indivíduo, o fato de um indivíduo pertencer ao gênero feminino o torna vulnerável em função da construção cultural, merecendo ser tutelado pela lei sem qualquer discriminação, fundado na igualdade e na dignidade da pessoa humana

Com efeito, nota-se a evolução do Direito em consonância com o avanço social com relação ao tema tratado. Os operadores do direito têm realizado interpretação extensiva da Lei Maria da Penha para contemplar mulheres transexuais e travestis, porquanto assim se autodeterminam, tutelando-se a dignidade da pessoa humana e a não discriminação perante a lei.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil DE 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de abril de 2018.

____. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulgação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm> Acesso em 22 de abril de 2018.

____. Decreto Nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulgação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em 22 de abril de 2018.

____. Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Brasília, DF, 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm > Acesso em 22 de abril de 2018.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência doméstica contra a mulher no Brasil. Análise da Lei "Maria da Penha", n.º 11.340/06. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

CLAM – CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. Princípio de Yogyakarta. Yogyakarta, Indonésia: 2006. Disponível em: < http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf > Acesso em 05 de maio de 2018.

CIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião consultiva de 18/05/2016 à Costa Rica. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/24_cedh_unicen.pdf> . Acesso em: 5 de maio de 2018.

CORREIO BRAZILIENSE. Transexual, travesti, drag queen... qual é a diferença?. Brasília: 201[?]. Disponível em: < <http://especiais.correiobraziliense.com.br/transexual-travesti-drag-queen-qual-e-a-diferenca> > Acesso em 25 de abril de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. Legislação criminal especial. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Ciências Criminais; 6/ Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha).

_____. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). – Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Leandro Reinaldo. Identidade e redesignação de gênero : aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6. ed. reformulada. São Paulo: RT, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Volume único. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

OAS - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Caso 12.051 de 2001. *Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil*. Disponível em: < <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> > Acesso em 27 de abril de 2018.

_____. Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. 2006. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf> Acesso em: 06 de maio de 2018.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>> Acesso em 22 de abril de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.739 - RS (2016/0245586-9). Relator: Luis Felipe Salomão. DJ: 09/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65841144&num_registro=201602455869&data=20170801&tipo=91&formato=PDF> Acesso em 4 de maio de 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. MANDADO DE SEGURANÇA 2097361-61.2015.8.26.0000. Relatora: Ely Amioka. DJ: 05/10/2015. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8898974&cdForo=0> > Acesso em 06 de maio de 2018.

[1] Art. 6º, da Lei n.º 11.343/06: A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

A VULNERABILIDADE DA (RE)CONSTRUÇÃO DO FATO CRIMINOSO DIANTE DO FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS

YAN FELIPE DOURADO CIRQUEIRA: Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO^[1]

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar os reflexos das falsas memórias no processo penal, com foco na problemática inerente à ampla utilização da prova testemunhal como instrumento de reconstrução do fato criminoso. O estudo demonstra de maneira sucinta o processo pelo qual a memória é formada, bem como os fatores que podem influenciá-la de maneira negativa, desencadeando a formação de uma falsa recordação que poderá ser utilizada para suprimir a liberdade de outra pessoa. Ainda serão analisados métodos desenvolvidos para combater as consequências jurídicas causadas por essas anomalias, bem como um caso prático para compreendermos o fenômeno em toda sua complexidade.

PALAVRAS-CHAVE: Falsas Memórias; Processo Penal; Prova testemunhal.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyze the reflexes of false memories in criminal proceedings, focusing on the problems inherent in the wide use of testimonial evidence as an instrument for reconstruction of the criminal act. The study briefly demonstrates the process by which memory is formed, as well as factors that can influence it in a negative way, triggering the formation of a false memory that can be used to suppress the freedom of another person. We will also analyze methods developed to combat the legal consequences caused by these anomalies, as well as a practical case to understand the phenomenon in all its complexity*

KEYWORDS: *False Memories; Criminal proceedings; Testimonial evidence.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A MEMÓRIA; 2.1 AS FALSAS MEMÓRIAS; 3. O PROCESSO PENAL; 3.1 A PROVA PENAL; 3.1.1 A PROVA TESTEMUNHAL E A MEMÓRIA COMO ELEMENTO DE PROVA; 4. AS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL; 4.1 OS FATORES DE CONTAMINAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO; 4.2 TÉCNICAS DE REDUÇÃO DE DANOS CAUSADOS PELAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL; 4.3 CASO ESCOLA BASE DE SÃO PAULO; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O tema das falsas memórias, ainda que pouco explorado em nosso ordenamento jurídico, merece uma atenção especial, sendo necessário um pensamento crítico acerca das suas implicações no âmbito forense. Para compreendermos esse fenômeno, será necessária uma abordagem interdisciplinar, recorrendo à psicologia cognitiva, para só então podermos discuti-lo sob a perspectiva processual penal.

A proposta da presente pesquisa é analisar os reflexos das falsas memórias no processo penal, discutindo os fatores que podem contaminar a prova e os meios que possam combatê-los, de modo a reduzir a incidência dessas anomalias em nosso ordenamento jurídico. Para isso serão utilizados os métodos dedutivo, qualitativo, bibliográfico e documental, visando a busca de informações e conhecimento sobre o tema para que possa ser desenvolvido da maneira mais objetiva possível.

Além desta introdução e das considerações finais, o trabalho será desenvolvido em três tópicos principais e suas subdivisões. O primeiro tópico abordará a memória enquanto objeto de estudo da psicologia, demonstrando o processo de formação e recuperação de uma memória, bem como seus desdobramentos, para melhor compreensão, haverá um subtópico específico tratando das falsas recordações de maneira alheia ao processo penal. O segundo tópico trará noções gerais sobre o processo penal, demonstrando sua função retrospectiva, serão utilizados subtópicos para tratar sobre a prova enquanto instrumento de retrospectiva, bem como a problemática envolta da prova testemunhal, diante do seu paradigma quantitativo qualitativo. O terceiro tópico buscará conectar os dois primeiros, discorrendo acerca do surgimento das falsas memórias no processo penal, com subtópicos mais específicos tratando dos fatores que costumam colaborar com o surgimento dessas anomalias bem como os métodos utilizados para combatê-las. Por fim, haverá a reprodução um caso real, no qual poderemos perceber de maneira prática a incidência desta problemática no nosso ordenamento jurídico.

2. A MEMÓRIA

Ao lembrarmos de algo, podemos reviver supostos detalhes que nos dão a impressão de que temos um filme gravado em nossa cabeça, ainda que essa experiência tenha sido vivenciada em um momento anterior. Para trazermos ao presente esse conjunto de sensações é preciso recorrer a informações armazenadas em nossa memória, e para que essas informações se tornem memórias, se faz fundamental que passem por um processo. Assim nos ensina Izquierdo (2014, p.10)

“Memória” significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se “grava” aquilo que foi aprendido. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido.

Para compreendermos esse processo Stein (2015) acredita que devemos separá-lo em três etapas essenciais: (a) Codificação, compreendida como a etapa inicial que desencadeia o processo mnemônico, consistindo na transformação do fato que está sendo vivenciado em uma forma que possa ser retida e interpretada pelo cérebro. Essa etapa é extremamente relacionada à capacidade de percepção do indivíduo, pois essa capacidade irá determinar a compreensão daquela experiência e a maneira que estas informações serão codificadas; (b) Armazenamento, onde a informação que foi traduzida será retida na memória, desde que seja considerada relevante; (c) Recuperação, que é justamente o processo que busca a informação que foi codificada e armazenada no cérebro, entende-se por recuperação todos as lembranças que foram recordadas sobre o evento que se passou.

Di Gesu (2019, p. 105) conceitua memória como “a faculdade de reter as ideias, as impressões e os conhecimentos adquiridos”, e posteriormente nos adverte para a complexidade do processo citado por Izquierdo, alertando para a possibilidade de que a memória seja corrompida, causando distorções nas informações armazenadas. A causa dessas distorções encontra-se na vulnerabilidade do processo mnemônico, tendo em vista que a memória ainda não foi consolidada e poderá sofrer interferências que venham a manipular as informações que posteriormente serão evocadas.

Um dos fatores de interferência, segundo Stein (2015) é o tempo, que poderá implicar no esquecimento do todo ou em parte daquela experiência anteriormente

vivenciada, tendo em vista que durante o lapso temporal que existe entre a percepção do evento e a recuperação da recordação, a memória poderá ser corrompida, omitindo informações relevantes ou adicionando detalhes que não fazem parte daquela realidade.

A emoção é outro importante elemento de interferência, segundo Di Gesu (2019, p.142) “Há uma estreita relação entre a memória e a emoção, na medida em que os maiores reguladores da aquisição, da formação e da evocação das memórias são justamente as emoções e os estados de ânimo, somados, é claro, aos níveis de consciência” a autora salienta que a emoção potencializa o processo de recordação, fazendo com que memórias mais vívidas sejam produzidas, pois a capacidade de percepção é aumentada devido à reação dos sentidos diante da adrenalina. Ocorre que memórias mais vívidas não são, necessariamente, memórias mais precisas, da mesma forma que há uma relação entre a melhora da capacidade perceptiva por força da emoção, há também a possibilidade de que essas informações sejam falsas, sendo produzidas de maneira espontânea para atender às expectativas criadas pelo cérebro de ter aquela memória consolidada.

Essas interferências vão influenciar na recordação pois esse processo de recuperação da memória não traz como resultado uma cópia exata da realidade, conforme Izquierdo nos ensina (2014, p. 22) “Os códigos e processos utilizados pelos neurônios não são idênticos à realidade da qual extraem ou à qual reverterem as informações.” Logo, a memória não trará o evento original, mas sim uma reconstrução, sendo uma “representação aproximativa” Damásio (2001, p. 128) daquela realidade e não sua cópia integral.

2.1 AS FALSAS MEMÓRIAS

A memória está sujeita a falhas que incorrem em distorções, o que a torna vulnerável a alguns fenômenos, como as falsas memórias, que consistem em recordações sobre eventos que jamais ocorreram, ou que ocorreram de maneira diferente daquilo que foi lembrado. Di Gesu (2019) nos adverte que o processo de formação de falsas recordações não decorre de uma patologia, pois pressupõe um funcionamento saudável da memória, sendo o fenômeno um desdobramento de variáveis que possam influenciar no momento da recuperação de uma lembrança. Importante ressaltar que o fenômeno das falsas memórias não deve, de forma alguma, ser relacionado à mentira. Nesse sentido, Lopes Junior (2017, p. 477):

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

Di Gesu (2019) entende que a melhor teoria para explicar o fenômeno das falsas memórias é a Teoria do traço difuso, onde a memória é concebida a partir de dois sistemas independentes: a memória literal e a memória de essência. Segundo a autora, a memória de essência está relacionada ao armazenamento do significado do ocorrido, enquanto a literal contém a lembrança dos detalhes específicos do evento.

A fim de ilustrar a maneira como cada um desses sistemas funcionam, podemos recorrer a uma lembrança cotidiana, como o local onde a chave do carro foi guardada. Ao lembrarmos que a chave encontra-se em cima da mesa que fica na cozinha, estamos exercitando a memória literal, pois a riqueza de detalhes nos auxilia demonstrando a localização exata da chave, de outra forma a lembrança de que a chave do carro foi guardada em algum lugar, sem precisar o local exato, corresponde à memória de essência, não havendo uma riqueza de detalhes, mas tão somente o significado da lembrança.

De acordo com essa teoria, os traços extraídos da memória de essência não são extraídos da memória literal, o que faz com que os dois sistemas sejam independentes. Da mesma forma ocorre o armazenamento, por mais que ocorra em paralelo, as lembranças são armazenadas separadamente. O que também ocorre com a recuperação, que possui sua evocação de forma dissociada. No exemplo citado esse processo pode ser ilustrado da seguinte forma: no momento em que as chaves foram colocadas sobre a mesa, as memórias foram armazenadas de maneira independente pela sistemática literal (a chave foi guardada em cima da mesa que fica na cozinha) e de essência (a chave foi guardada em algum lugar). Outra diferença relevante entre esses sistemas é a durabilidade da memória, a literal dura menos tempo, tornando-se inacessível mais rapidamente, enquanto a memória de essência é considerada mais duradoura, tendo um lapso temporal de sobrevivência maior para ser recuperada Brainerd, Howe e Reyna (1996).

As falsas memórias ocorrem da falha na recuperação de memórias literais, por serem carregadas de detalhes em relação ao ocorrido. Logo, as falsas memórias são materializadas quando interpretam apenas a memória de essência, já que esta sofre com a ausência de detalhes, deixando lacunas a serem preenchidas de alguma forma pelo cérebro humano Stein e Neufeld (2001).

Stein e Neufeld (2001, p. 180) com intuito discorrer acerca dessas distorções, delimitam os tipos de falsas memórias, classificando-as de acordo com a maneira pela qual estas podem surgir, podendo ser espontâneas “As falsas memórias espontâneas são aquelas onde a distorção da memória se dá de maneira interna ou endógena ao sujeito, através da auto-sugestão.” ou sugestivas, “as falsas memórias sugeridas surgem a partir da implantação externa ou exógena ao sujeito, através de sugestão deliberada ou acidental de informação falsa”. Corroborando com esse entendimento Di Gesu (2019, p. 128) estabelece:

As falsas memórias não giram apenas em torno de um processo inconsciente ou involuntário de “inflação da imaginação” sobre um determinado evento. Há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de maneira previsível ou espetacular, de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestionabilidade externa.

Nem toda memória é suscetível a deformações mnemônicas, isso vai depender da história que foi contada, da quantidade de vezes que ela foi recuperada e das experiências emocionais do indivíduo. De outro banda, estudos indicam que as crianças são mais vulneráveis às falsas recordações, isso decorre da sua capacidade de imaginação, conforme Lombroso (2007):

A criança consegue, com maravilhosa facilidade, dar ao corpo às ficções de sua imaginação, que a sua instintiva curiosidade e a necessidade de conhecer, por um lado, e por outro, a influência do ambiente, a dispõe a aceitar sem verificação, de modo que confunde o que é propriamente seu com o que lhe foi sugerido.

Di Gesu (2019) compartilha deste mesmo entendimento, e fundamenta suas alegações em observações casuísticas e estudos de experimentação, onde ficou constatado que as crianças são mais vulneráveis à sugestão, pois tendem a

corresponder às expectativas do entrevistador, por terem a necessidade de se ajustar à essa realidade sugerida.

3. O PROCESSO PENAL

Para que o Estado impute uma sanção a determinado indivíduo que tenha cometido alguma conduta sobre a qual tenha recaído a normativa penal, se faz necessário que percorra um longo caminho, para que só então esse indivíduo tenha ou não uma supressão dos seus direitos fundamentais. A esse caminho podemos chamar de processo penal, e a observância dos limites que nele se inserem podemos relacionar ao devido processo legal, tido como um dos princípios basilares do direito, que encontra sua proteção na própria Constituição Federal, vejamos:

"Art. 5º - (...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV – aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes."

Importante ressaltar, que devido às constantes evoluções sociais e o protagonismo cada vez maior dos direitos fundamentais, o processo penal evoluiu, passando a ser entendido sob outra perspectiva, não servindo somente de instrumento de auxílio ao *ius puniendi*, mas assumindo uma finalidade garantista, devendo ser compreendido como instrumento do indivíduo para garantir sua dignidade diante do poderio estatal. De acordo com Lopes Junior (2017, p. 35):

O processo não pode ser mais visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionais asseguradas (as regras do devido processo legal).

Em um de seus desdobramentos práticos, o propósito destinado ao processo penal reside em sua função retrospectiva, onde os esforços da sistemática caminham de maneira harmônica para a elucidação de um fato pretérito, sobre o qual se discute ser crime. Essa retroprojeção é necessária pois o juiz é um leigo acerca daquilo que se passou e precisa se aproximar desse fato para formar seu convencimento. Conforme Lopes Junior (2017, p. 341):

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime).

Para que tal fato seja reconstruído, é necessário que se valha de elementos específicos, denominados de “provas”, que venham a auxiliar e possibilitar a experiência de vivência daquele delito.

3.1 A PROVA PENAL

A prova assume um papel fundamental na reconstrução aproximativa do fato discutido, sendo o instrumento utilizado pelos sujeitos processuais para contar sua versão sobre o ocorrido. Logo, a prova é o meio pelo qual se sustentará cada uma das alegações invocadas no processo. Para Nucci (2011, p. 15):

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção subjetivada ao deslinde da demanda.

Podemos observar que além de servir de auxílio para demonstrar aquela realidade pretendida, a prova também se revestirá de uma função persuasiva, onde cada uma das partes interessadas buscará convencer o julgador a acreditar na sua versão dos fatos. Nessa lógica Di Gesu (2019, p.87):

Pode-se trabalhar a prova com o objetivo de obter a captura psíquica do julgador, levando-se em conta que ela também serve como instrumento específico sobre o

conhecimento do fato, considerando todas as limitações: respeito às regras do devido processo, a impossibilidade de reconstrução do todo, etc. Na produção e admissão da prova - liberação de cargas - inegável a existência de fatores retóricos ou persuasivos.

Dessa forma as partes deverão convencer o juiz daquilo que fora alegado, construindo dentro da legalidade a realidade que foi proposta como narrativa dos fatos, o que faz com que o conjunto probatório se torne um elemento imprescindível para a atividade de cognição que será exercida pelo julgador, pois refletirá diretamente no esclarecimento da demanda.

3.1.1 A prova testemunhal e a memória como elemento de prova

A prova testemunhal é um dos meios mais antigos e mais utilizados no processo de reconstrução do fato criminoso, é tida como uma ferramenta fundamental ao processo penal, sendo que por vezes é o único meio de prova possível de ser produzido. Infelizmente sua ampla utilização não decorre da qualidade desse instrumento. Lopes Junior (2017, p. 458) nos explica:

Com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira - em regra - tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de provas do nosso processo criminal. Em que pesa a imensa fragilidade e pouca credibilidade que tem (ou, deveria ter), a prova testemunhal culmina por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas.

Desse modo a prova testemunhal vive uma dualidade de perspectivas, se por um lado sua utilização ocorre de maneira relevante, fazendo com que a mesma seja o principal meio de prova do ponto de vista quantitativo, por outro deixa a desejar por conta da sua fragilidade, tornando-a qualitativamente insegura. Sua fragilidade decorre da própria complexidade da memória humana, de onde serão extraídos os fatos que foram testemunhados e que posteriormente serão introduzidos no processo penal. Di Gesu (2019, p. 108) nos alerta:

A neurologia, portanto, destaca a possibilidade de modificação da memória no interregno entre a aquisição e a consolidação, devido à influência de fatores internos e

externos, o que nos leva a crer que no intervalo de tempo entre o acontecimento e o relato, seja ele extrajudicial ou judicial, pode também ocorrer alteração da lembrança da testemunha ou vítima.

4. AS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

A psicóloga Lilian Stein realizou uma pesquisa em parceria com o Ministério da Justiça, onde ficou constatado que além de privilegiar as provas baseadas nas memórias das vítimas e das testemunhas, o sistema penal brasileiro colhe esses depoimentos de maneira equivocada, o que vem a contribuir com a formação de falsas recordações no processo penal.

Para chegar a essa conclusão Stein (2015) realizou uma pesquisa onde foram entrevistadas 87 pessoas entre policiais militares e civis, defensores públicos e privados, promotores de justiça e juízes. Os dados mostraram que mais de 90% dos entrevistados dão muita relevância para o testemunho durante a condução dos processos e até mesmo nas investigações. Um juiz chegou a confessar que são raros os casos onde não exista a necessidade de utilização das testemunhas, ou ainda, ter sido este o meio probatório menos importante para a solução do caso concreto, relacionando a problemática à indisponibilidade de outras espécies probatórias.

Em meio a essa realidade de ampla utilização das provas baseadas na memória, surge o fenômeno das falsas memórias, onde a falibilidade da memória humana interfere no resultado da retrospectiva pretendida pelo processo penal. Conforme Di Gesu (2019, p. 164):

O crime é uma reconstrução do passado. Este, para ser reconstruído, na grande maioria das vezes, até mesmo pela ausência de outros elementos de prova – que não foram devidamente colhidos e, por consequência, apagados pelo tempo ou porque não deixaram vestígios – depende da memória de quem os narra. E o processo mnemônico, por sua vez, não é fidedigno à realidade. Isso porque a fantasia e a criação ficam encarregadas e preenchem lacunas da memória com experiência verdadeira, contudo, decorrentes de outros acontecimentos e até mesmo com experimentos nunca vivenciados (falsas recordações).

Essa anomalia costuma se inserir no processo penal a partir de sugestões externas, alheias ao indivíduo detentor da memória sobre o fato, onde uma nova informação é agregada àquela memória que já foi constituída, fazendo com que essa memória original seja deformada por meio de detalhes adicionais que até então não compreendiam aquela realidade. Como consequência dessa deformação, a memória sobre o ocorrido é reeditada com informações que jamais foram vivenciadas.

4.1 OS FATORES DE CONTAMINAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO

Para compreendermos as implicações desse fenômeno no processo penal, é necessário que tenhamos um conhecimento acerca dos fatores que podem contaminar a prova enquanto instrumento retrospectivo. Stein (2015) elenca alguns fatores de origem interna, inerentes a quem detém a memória, tais como a atenção, a excitação fisiológica da pessoa no momento do acontecimento e a posição em que o evento foi visualizado, logo, podemos observar que a autora se atém aos fatores que possuem uma ligação direta com a capacidade de percepção do indivíduo. Dessa forma, quanto menor a percepção, maior a chance de que incida uma falsa memória na interpretação daquele fato.

Di Gesu (2019) prefere debruçar-se nos fatores em que há alguma interferência externa, pois costumam ser mais relevantes no processo penal, já que não dependem de um elemento subjetivo como a capacidade de percepção de quem vivenciou o fato. Dito isto, é necessária uma discussão mais detalhada destes fatores, pois sua existência ocorre de maneira mais palpável no processo penal.

Dentre os diversos fatores decorrentes de estímulos externos, podemos começar pelo Transcurso do tempo, pois este fator possui uma grande influência na qualidade da prova a ser colhida. Isso decorre da relação direta que há entre o tempo e o esquecimento citada anteriormente, sendo uma das interferências da memória que acaba por atrapalhar a elucidação dos fatos, já que traz consigo a perda de detalhes importantes sobre aquilo que deveria ser recordado. O vazio decorrente do esquecimento tende a ser preenchido pela imaginação do indivíduo, corrompendo a autenticidade daquela reprodução que não será mais fidedigna à realidade. Conforme Di Gesu (2019, p. 170)

Através do estudo da memória, não só pelo aspecto neurológico, mas principalmente pelo viés social,

compreendemos que a aceleração e o ritmo de uma sociedade complexa influem na formação da memória, pois a velocidade dos acontecimentos, muitas vezes, não permite que os fatos sejam fixados na memória, a qual requer tempo para consolidação e posterior evocação.

Outro importante fator de contaminação elencado por Di Gesu está relacionado à exposição midiática, tendo em vista a influência que a mídia exerce dentro da sociedade, com poder de ditar tendências, criar culturas, determinar o consumo e até mesmo fazer com que a coletividade forme concepções pré-determinadas sobre fatos com grande potencial de repercussão. A formação dessas (in)certezas decorre da exposição de matérias tendenciosas, sobre acontecimentos que não foram elucidados, que serão reproduzidos de maneira sensacionalista para que possa se chegar à uma carga emocional com capacidade suficiente de captar a atenção dos telespectadores. Os sujeitos processuais estarão expostos a esse fator e poderão ser induzidos, mesmo que de maneira inconsciente, a reafirmar esse ponto de vista pré-estabelecido, criando uma falsa memória por conta da sugestão externa proposta pela mídia. A autora ainda estabelece uma ligação entre o fator do transcurso do tempo e a mídia, Di Gesu (2019, p. 186) “quanto mais o tempo passa, maior será o grau de contaminação da testemunha pela mídia”.

Outrossim, é imprescindível destacarmos a linguagem e o método utilizado pelo entrevistador, seja durante o processo ou até mesmo na fase de investigação. Esse fator se torna relevante diante das expectativas que o entrevistador possui na hora de questionar a vítima ou testemunha, na maioria dos casos esse sujeito possui uma certa convicção da ocorrência de determinado evento, assim molda sua entrevista sob uma perspectiva acusatória, buscando encontrar respostas compatíveis com sua convicção.

Na prática o entrevistador irá se valer de perguntas tendenciosas, limitando as possibilidades de respostas, fazendo com que o entrevistado seja direcionado a confirmar aquilo que foi proposto e não dando espaço suficiente para que o mesmo desenvolva sua resposta. Outra problemática relacionada a esse fator, diz respeito à repetição de perguntas dentro de uma entrevista, deixando-a propensa a falsas recordações.

Stein (2015) ainda pondera os esforços legislativos nesse sentido, citando as limitações contidas no artigo 212 do Código de Processo Penal brasileiro, onde são vedadas as perguntas que buscam induzir uma resposta, bem como aquelas não possuem relação com a causa ou importarem na repetição de outra pergunta já respondida. No entanto a autora adverte que, embora existam essas limitações, não se tem uma explicação direta sobre as circunstâncias em que elas seriam caracterizadas, ficando ao arbítrio do intérprete a evocação de tais limitações.

4.2 TÉCNICAS DE REDUÇÃO DE DANOS CAUSADOS PELAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Uma das soluções ideais elencadas por Lopes Junior (2017) seria o abandono da cultura de ampla utilização da prova testemunhal, o que não implicaria em seu desuso, mas numa redução significativa da confiança depositada neste instrumento. O autor ainda ressalta a importância da prova testemunhal, sendo essa um fator humanizante do processo penal, não podendo ser abandonada, sugerindo que a mesma seja utilizada de maneira moderada.

O caminho pela redução dos danos, passa por um aperfeiçoamento tecnológico, de modo que as provas venham a ser colhidas sob uma perspectiva mais consistente e científica. Poderíamos alcançar essa evolução com a gravação dos depoimentos prestados na investigação, assim o juiz poderia ter um parâmetro para analisar as declarações prestadas, o que viria a mitigar os problemas decorrentes do transcurso do tempo, já que a memória poderia ser evocada o mais rápido possível e ficaria registrada para ser utilizada em outro momento. Essas gravações ainda permitiria o juiz a ter uma visão mais detalhada dos demais fatores no momento da entrevista, como as perguntas ofertadas pelo entrevistador, as reações do depoente, o ambiente e o estado emocional que aquele demonstrava se encontrar.

Outro fator importante e que costuma possuir relação com os demais é a colheita das declarações, bem como a tramitação do processo em um tempo razoável, fazendo com que o lapso temporal não cause maiores impactos, pois o quanto antes forem evocadas as informações, menor será a incidência do esquecimento. Sendo que essa celeridade encontra respaldo constitucional com status de direito fundamental, positivado em nossa carta magna, que dispõe em

seu artigo 5º, inciso LXXVIII, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Di Gesu (2019, p. 210):

As contaminações a que estão sujeitas a prova penal podem ser minimizadas através da colheita da prova em um tempo razoável, objetivando-se suavizar a influência do tempo (esquecimento) na memória. Além disso, quanto mais o tempo passa, mais a vítima ou testemunha estará sujeita a influências da mídia, parentes, vizinhos, entre outros. A tomada do depoimento em tempo hábil reduziria as influências externas resguardando a memória dos entrevistados.

Por último, é fundamental uma análise da Entrevista cognitiva, tida como um meio que visa combater o viés sugestivo e os métodos equivocados utilizados pelos entrevistadores. Enquanto os métodos tradicionais consistem na técnica de perguntas fechadas, a entrevista cognitiva busca escutar a testemunha de maneira livre, já que esta é quem possui as informações. O entrevistador toma uma posição mais passiva, estimulando o entrevistado a lembrar apenas aquilo que realmente recorda, mesmo que essas memórias sejam parciais e não sigam uma lógica sequencial. As perguntas serão com base naquilo que o entrevistado já forneceu como informação, dando mais liberdade para que se tenha uma resposta alheia a sugestões.

Em seus estudos, Stein (2015) divide a entrevista cognitiva em fases: (a) introdutória, onde o entrevistador explica ao entrevistado como ocorrerá a entrevista, apresentando as regras e a sistemática que será utilizada para evocar aquelas informações. Nessa fase haverá uma aproximação entre esses sujeitos, de modo que o ambiente se torne o mais confortável possível para o entrevistado, já que este é quem vivenciou o acontecimento, portanto é quem vai conduzir de fato a entrevista. Na segunda fase (b) ocorrerá a recriação mental do contexto em que tudo aconteceu, onde o entrevistado fará um relato livre sobre tudo que recorda daquele evento, sem interferências do entrevistador, que deverá respeitar as pausas e os silêncios vindos do entrevistado. A terceira fase (c) só será iniciada quando não houver mais intenção de extensão desse relato livre, assim o entrevistador fará perguntas, partindo das informações que a pessoa trouxe em seu relato, buscando informações mais específicas com base nessas alegações primárias. Na quarta fase (d) haverá uma breve síntese, onde o entrevistador revisará o que foi relatado,

buscando proporcionar ao entrevistado a possibilidade de que este recorde de algo que ainda não foi mencionado. Por fim, a quinta fase (e) consistirá em um fechamento, onde o entrevistador recorrerá aos pontos neutros para averiguar as condições emocionais do entrevistado para encerrar a entrevista, abrindo possibilidade de que, se no futuro o entrevistado lembrar de algo, poderá contar ao entrevistador.

4.3 CASO ESCOLA BASE DE SÃO PAULO

No Brasil, temos o emblemático caso da Escola Base de São Paulo, em que é possível perceber a materialização desse fenômeno de maneira prática, onde ficou demonstrado o despreparo da polícia e a irresponsabilidade da mídia, que fez da perseguição penal um espetáculo, reproduzindo informações de maneira equivocada.

Tudo começou quando um dos alunos da Escola Base, na época com 4 anos de idade, estava no quarto de sua mãe assistindo televisão. A criança sentou-se na barriga de sua mãe e começou a fazer alguns gestos inusitados, similares à prática sexual. Surpresa, a mãe questionou quem havia lhe ensinado aquilo, a criança disse ter visto no "vídeo cassete" sem esclarecer onde estava o aparelho.

Indignada, a mãe começou a fazer uma série de perguntas tendenciosas à criança, sendo que essas perguntas não foram presenciadas por nenhuma outra pessoa. Como resultado desta averiguação, a mãe chegou à conclusão de que seu filho teria visto uma fita pornográfica na casa de um colega de escola, chegando inclusive a descrever o local, que possuía semelhança com um motel. A versão colhida pela mãe ainda incluiria o trajeto até o local onde a história se passava, tendo o marido da proprietária da escola como condutor.

A partir desses relatos, a mãe foi até a delegacia noticiar o suposto crime, com base exclusivamente no resultado das lembranças de uma criança de 4 anos de idade que foi inquirida por uma mulher despreparada e totalmente parcial àquela situação. A narrativa de violência sexual e pedofilia tomou ainda mais proporção quando um laudo não conclusivo feito pela perícia indicou que a criança teria uma lesão no reto, havendo a possibilidade de ter sofrido abuso sexual.

Foi expedido mandado de busca e apreensão, havendo um excesso de publicidade em todos os atos investigatórios praticados pela polícia judiciária. Nesse ponto, os investigados já estavam envolvidos numa tragédia sem precedentes, que só foi mitigada após o afastamento do delegado responsável, o que fez com que o inquérito fosse arquivado por falta de indícios da materialidade do crime, pois desfecho do laudo que outrora fora inconclusivo, foi no sentido de que as lesões se tratavam de problemas intestinais.

Ainda hoje tramitam ações de indenização contra o Estado de São Paulo, por conta da pífia atuação de sua polícia, e contra os diversos jornais e emissoras que decidiram comercializar a história de maneira equivocada, trazendo transtornos inestimáveis aos envolvidos.

Podemos identificar os fatores que fizeram surgir as falsas recordações que embasaram a investigação, como a entrevista feita pela mãe, provavelmente sob uma perspectiva estritamente acusatória, com sugestionamentos e respostas limitadas ao binário sim ou não. Há ainda o papel da mídia, formando concepções com base naquilo que ela mesma faz parecer ser, sustentando essas meias verdades com alegações tendenciosas, fazendo com que a coletividade se alimente daquele conteúdo. Não podemos esquecer a insuficiência de provas científicas, havendo apenas um laudo parcial e inconclusivo que serviu de indício para que fosse dado o impulso necessário para a investigação tomar proporções nacionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do estudo, ficou evidenciado a complexidade inserida nas discussões acerca das falsas memórias, devendo o tema ser abordado de maneira interdisciplinar, para que só então seja compreendido dentro da sistemática processual penal.

Em maior parte, as falsas memórias ocorrem por conta da fragilidade da prova testemunhal, por ser o meio de prova com maior possibilidade de manipulação, já que a testemunha recorre à memória para relembrar acontecimentos que não poderão mais ser produzidos, tão somente, reproduzidos, trazendo sempre uma representação aproximada e não exata daquilo que deve ser elucidado. A problemática adquire maior relevância por ser esse o meio de prova mais utilizado no nosso ordenamento jurídico, sendo por vezes o único meio

possível, implicando em inúmeras condenações com base apenas na compreensão daquela testemunha sobre determinada ocorrência.

Pelo que foi estudado, ficou constatado a indiferença de esforços tidos como relevantes para que essa problemática seja solucionada, mesmo diante da comprovada vulnerabilidade mnemônica, que ficou demonstrada pelo fato de os indivíduos representarem a verdade como se lembram (que nem sempre vai de encontro com aquilo que realmente aconteceu) e entregam essa “verdade” para que seja utilizada como fundamento que pode vir a cercear a liberdade de outrem.

Logo, a memória não pode servir como único meio de reconstrução do fato criminoso, até porque, devido sua complexidade, se torna inviável interpretá-la sobre uma lógica binária racionalista, como costuma ser a lógica jurídica, onde existe o certo e o errado, o legal e o ilegal, o provido e o improvido. Dessa forma a memória requer uma interpretação mais abrangente, com métodos e tratamentos mais sofisticados, que venham a aperfeiçoar o processo penal como um todo, garantindo assim uma melhor prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 1941. Poder Executivo. **Código de Processo**

Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019

DAMÁSIO, Antônio. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**.

São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, Saraiva, 2017.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**, Ícone, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

REYNA, V. F., BRAINERD, C. J. **Fuzzy-trace theory: An interim synthesis. Learning and Individual Differences**, 1995.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015.

STEIN, Lilian; NEUFELD, Carmem. **Falsas Memórias: Porque Lembramos de Coisas Que Não Aconteceram?** Arq. Ciênc. Saúde Unipar, 2001.

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Atualmente é delegado de polícia civil do Tocantins e professor na Faculdade Serra do Carmo/FASEC, disciplina Direito Processual Penal.

ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA: TRIBUTAÇÃO SOBRE A PLATAFORMA DE STREAMING NETFLIX

GUILHERME NEGREIROS LACERDA LOPES:

Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA^[1]

RESUMO: Diante do crescimento desenfreado da *Netflix* após a implementação da tecnologia de *streaming*, se fez presente no ordenamento pátrio, a indagação sobre a possibilidade de tributação da empresa. Nesse interim, o sucesso “estrondoso” da *Netflix* não passou despercebido, uma vez que a empresa não contribuía com o pagamento de imposto. Neste contexto, compreende-se que o sucesso financeiro no cenário nacional correlaciona-se com a sua não tributação. Diante disso, o Estado Brasileiro, no uso de sua função legislativa, a fim de coibir as desigualdades econômicas e comerciais, entendeu que por se tratar de um serviço, é necessária a tributação da *Netflix*. Diante disso, em 29 de dezembro de 2016, foi promulgada a Lei Complementar de número 157, que veio a alterar dispositivos da Lei Complementar 116/2003, que rege sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de maneira a incluir, a hipótese de incidência do “ISSQN” na prestação de serviços realizados através do streaming. Logo, este artigo busca analisar através da doutrina e da jurisprudência, a atualização do legislativo no que se refere à hipótese de tributação do streaming e a adequação da nova lei em relação à natureza do entretenimento ofertado pela *Netflix*, bem como o conceito jurídico de serviço incidente do ISS.

PALAVRAS-CHAVE: *Netflix*, Entretenimento, ISS, *Streaming*.

ABSTRACT: *In the face of the unbridled growth of Netflix after the implementation of streaming technology, the question of the possibility of taxation of the company was present in the country order. Netflix's "thunderous" success did not go unnoticed, as the company did not contribute tax. In this context, success in the national scenario, being correlated with its non-taxation, and, on the other hand, the Brazilian State, in the use of its legislative function, in order to curb economic and commercial inequalities, understood that service, Netflix taxation is required. Therefore, on December 29, 2016, the Supplementary Law No. 157 was enacted,*

which amended provisions of Complementary Law 116/2003, which governs the Tax on Services of any Nature, in order to include the hypothesis of "ISSQN" in the provision of services performed through streaming. Therefore, this article seeks to analyze through the doctrine and jurisprudence, the updating of the legislation regarding the hypothesis of streaming taxation, and the adequacy of the new law in relation to the nature of the entertainment offered by Netflix and the legal concept of incident service ISS.

KEYWORDS: *Netflix, Entertainment. ISS, Streaming.*

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Conceito de *streaming*, 2.1 Diferença entre *streaming* e *download*, 2.3 Forma de operacionalização do *streaming*, 2.4 Modalidades de *streaming*, 3. Da *Netflix*, 4. Imposto sobre serviço de qualquer natureza e a *Netflix*, 4.1 Conceito de prestação de serviço, 4.2 Da incidência do ISS sobre a *Netflix*, 5 Considerações finais, Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante do surgimento de novas tecnológicas ligadas à informática, é considerável as mudanças advindas desse processo evolutivo, principalmente nas relações de consumo. Nesse contexto, nota-se um avanço expressivo nas demandas tecnológicas, decorrendo das novas tecnologias a criação e a melhoria contínua na prestação de serviços.

Uma tecnologia que trouxe uma melhoria e que merece destaque, são as plataformas de *streaming*, que é melhor representada ao se falar da *Netflix*. Essas plataformas vêm sendo utilizadas mundialmente, tendo em vista a dinâmica que elas proporcionam, de visualização ou acesso a conteúdo de músicas, filmes ou series por meio da *internet*.

Todavia, muitas vezes, o direito não consegue acompanhar o desenvolvimento tecnológico que norteia novos negócios jurídicos ensejados através da *internet*. Isso não significa, no entanto, que o Estado em sua função legislativa não venha adequar fatos jurídicos afim de regulamentar ou proibir tais negócios.

E nesse ínterim, considerando a competência tributária outorgada pela Constituição Federal, o Estado não deixou de notar o expressivo crescimento de empresas que surgiram ou que implementaram a tecnologia *streaming*. A *Netflix*, por exemplo, já é considerada a maior empresa de entretenimento de conteúdo

audiovisuais por assinatura através da internet. Dada a manifesta riqueza, e como não havia a tributação da tecnologia que envolve a prestação do serviço da *Netflix*, o Estado Brasileiro teve o interesse em prever a possibilidade de tributá-la, para repelir desigualdades econômicas e comerciais, por entender se tratar de um serviço, que quando prestado, materializa-se fato gerador passível de tributação.

Diante disso desse poder-dever da Administração Pública, em 29 de dezembro de 2016, foi publicada a Lei complementar 157/16, que trouxe alterações na Lei Complementar 116/2003 que versa sobre o ISS, incluindo, no anexo I, o subitem 1.09, que veio a tratar das atividades de “disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet” comumente chamadas de *streaming*. Portanto, está previsto a possibilidade de os Municípios tributarem a *Netflix* e todas as plataformas que se enquadrarem nas especificidades dessa nova hipótese de incidência do ISS.

No que tange aos efeitos da autorização dada para os municípios tributarem este tipo de serviço, cabe destacar, que o assunto trouxe grande repercussão na sociedade, seja os interessados inconformados com a tributação, seja os debates entre juristas e profissionais atuantes na área tributária.

Para alguns estudiosos do meio jurídico brasileiro, não é constitucional se tributar tais serviços através do ISS, pois, argumentam existir precedente favorável à não tributação do ISS.

Entretanto, no cerne de discussões acerca do assunto, surge uma importância acadêmica do presente estudo, que se justifica principalmente pela busca de adequação de normas jurídicas, face aos negócios da *internet*. Quiçá possível divergência da natureza jurídica do serviço de plataformas *streaming* e o tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência ao conceito constitucional de serviço. Esse estudo possibilitará uma visão clara e objetiva acerca da tributação da *Netflix*.

O artigo científico tem por finalidade analisar a viabilidade de se tributar os serviços de tecnologia *streaming*, utilizando-se o ISS, verificando se pode considerar constitucional a incidência desse imposto nas plataformas de *streaming*.

Para tanto, o presente artigo foi desenvolvido sob metodologia de abordagem qualitativa, conforme o conceito de MICHEL (2005, p. 33), usando-se o método dedutivo de acordo com os ensinamentos de GIL (2008, p. 9), fundamentando-se nos procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental de acordo com MARCONI e LAKATOS (2003, p. 174), investigando em revistas jurídicas, doutrinas e

jurisprudências, a forma de operacionalização das plataformas de *streaming*, o conceito constitucional de serviços dado pela doutrina e pela jurisprudência.

Para atingir os objetivos propostos, o artigo foi estruturado além desta introdução, considerações finais e referências, em três seções em seu referencial teórico. Na primeira seção, de caráter introdutório, será abordado o conceito de *streaming*, bem como semelhanças e distinções com outros procedimentos, forma de operacionalização das plataformas streaming, modalidades de *streaming*.

Em seguida, será apresentada breves considerações acerca da empresa *Netflix*, o marco inicial empresarial, o sucesso.

Por fim, na terceira e última seção abordará a incidência do ISS sobre a *Netflix*, de modo a se verificar se há a compatibilidade constitucional ou não, a prestação deste serviço.

2. PLATAFORMA DE STREAMING

2.1 CONCEITO DE STREAMING

Etimologicamente, a palavra *streaming* surge na língua inglesa, tendo sua origem marcada pelo termo *stream*, cujo significado na linguagem brasileira remete ao vocábulo fluxo, corrente ou transmissão.

Tratando-se de uma inovação tecnológica para o consumo de áudio e vídeo, o conceito de *streaming* ainda não foi formulado de forma específica pelos doutrinadores do ramo. Todavia, ao verificar o Dicionário do Google, o *streaming* é conceituado como

“um método de transmissão ou recepção de dados (especialmente material de vídeo e áudio) através de uma rede de computadores como um fluxo contínuo e contínuo permitindo que a reprodução prossiga enquanto os dados subsequentes são recebidos”.

Com efeito, esta nova tecnologia, por proporcionar aos seus usuários o consumo imediato de áudio e vídeo, rompendo com o paradigma anterior marcado pelo uso de “*download*”, rapidamente ganhou grandes inovações e popularidade no mercado tecnológico. Além disso, com a criação do *Youtube*, no início do ano de 2005, sob o qual todos os usuários poderiam ter acesso e ser um produtor de conteúdo de forma gratuita (FERNANDES, 2016).

Desta forma, pode-se considerar que o *Youtube* foi o propulsor do *streaming* na *internet*, tendo em vista que através de sua plataforma foram apresentadas aos seus usuários as possibilidades dos conteúdos audiovisuais serem consumidos através da *internet*. Nesse contexto, esta nova plataforma contribuiu para despertar o interesse para os negócios voltados para este ramo na *internet*.

2.2 DIFERENÇA ENTRE *STREAMING* E *DOWNLOAD*

Inicialmente, para uma melhor explanação sobre a tecnologia em comento, se faz oportuno, destacar a diferenciação entre o *streaming* e o *download*. Desta forma, compreende-se que o *download* permite o armazenamento permanente de arquivos em *smartphones*, computadores e *tablets* ou até mesmo *smart tv*, para o uso posterior (BARBOSA, 2017).

Assim, o usuário detém a posse das informações que foram baixadas através do *download* em seu aparelho, podendo acessar o conteúdo transferido quantas vezes quiser, mesmo após a cessação da conexão com a *internet*. O *streaming* difere desta tecnologia, uma vez que esta tecnologia proporciona um fluxo contínuo de transmissão de informações, mas impossibilita aos seus usuários o armazenamento de informações em seus aparelhos de forma permanente (CAMPOS CABRAL e CAVALCANTE VIEIRA, 2017).

É válido acrescentar o entendimento de Clodoaldo (TSCHÖKE, 2001, p. 17) ao relatar que o *streaming* consiste em uma técnica pela qual:

“[...] o sinal de vídeo é transmitido ao cliente e sua apresentação inicia-se após uma momentânea espera para armazenamento dos dados em um buffer (um pequeno armazenamento prévio do vídeo que será mostrado em seguida. Ocorre no início do streaming ou quando a transmissão é interrompida devido algum congestionamento na rede). Nesta forma de transmitir vídeo não é preciso fazer o download prévio do arquivo, o micro vai recebendo as informações continuamente enquanto mostra ao usuário. Esta técnica reduz o tempo de início da exibição e também elimina a necessidade de armazenamento local do arquivo”.

Extraí-se dessa linha intelectual, a ausência da necessidade de realização de *download* para usufruir de conteúdos digitais através do *streaming*. Entretanto, conforme o ensinamento de BENTO NETO (2016, p. 30) é possível compreender que o *streaming* possui em suas características, semelhanças com o *download*. Contudo, é diferenciado deste por consistir em:

“[...]um fluxo contínuo de transmissão de informações que não permanece na posse do receptor do sinal e pode ser consumida no mesmo momento da solicitação de transferência. Ou seja: primeiramente, embora no streaming também haja uma parcela de download, o conteúdo transferido serve apenas para ser remontado, convertido em som ou imagem, e consumido no mesmo instante. Depois, nenhum dado recebido no aparelho ali permanece, uma vez que, tais quais os sinais recebidos por um aparelho televisor ou de rádio, não há armazenamento de mídia na unidade física”. (BENTO NETO, 2016, p. 30)

Diante do exposto, pode ser observado que no *download*, o armazenamento de dados é permanente (ficando a critério do usuário a remoção do conteúdo) em um disco local (HD) do computador ou aparelho capaz de armazenar o conteúdo obtido, já o *streaming* conforme mencionado anteriormente, o armazenamento é temporário e não vai para um disco local, e sim para a memória RAM do aparelho que esteja executando o conteúdo via *streaming*.

2.3 FORMA DE OPERACIONALIZAÇÃO DO *STREAMING*

Conforme supracitado, se faz necessário abordar a forma de operacionalização do *streaming*, para uma melhor compreensão sobre como funciona as plataformas de streaming.

Em síntese, no streaming é realizada uma divisão do conteúdo (uma fragmentação) a fim de tornar o procedimento de *download* mais rápido, de modo a ser realizado a transmissão instantânea do conteúdo audiovisual (BENTO NETO, 2016). Corroborando com o exposto, aduz Christian (STAFIN, p. 18) sobre a dinâmica do *streaming* da seguinte forma:

“A lógica dessa repartição do arquivo é para que os dados sejam enviados e recepcionados de forma mais instantânea para o usuário, o que é diferente no caso do download, que precisa ser enviado e recepcionado de uma só vez para que se possam exibir as informações”.

Nesse sentido, o processo realizado pelo *streaming* é quase que humanamente imperceptível, pois instantaneamente é realizado tanto o *download* como a fragmentação, conversão do arquivo fragmentado e exibição na plataforma em que está sendo executado. Contudo, é importante ressaltar os benefícios da praticidade que trouxe esta tecnologia para o ramo empresarial de entretenimento, que somente foi possível com as inovações das bandas largas de *internet*.

2.4 MODALIDADES DE *STREAMING*

Compreender *streaming* exige não somente entender como ela operacionalizada, mas também as suas modalidades. Nesse contexto, é oportuno destacar o ensinamento de BENTO NETO (2016) ao dizer que o *streaming* possui duas modalidades, o *live streaming* e o *streaming on demand*. Sobre o *live streaming* (“ao vivo”), o autor relata que consiste na

[...] transmissão vem diretamente de uma câmera ou microfone, e ocorre tão somente naquele momento, uma vez que o conteúdo que está sendo consumido pelo usuário não provém de dados em arquivos, mas em uma transmissão que ocorre em tempo real, só sendo disponível no momento em que ocorre a filmagem do evento que está sendo transmitido; é o caso dos assim chamados televisores e rádios por *streaming* [...] (BENTO NETO, 2016, p. 34)

Desta forma, é possível compreender que o usuário do *live streaming* usufrui do conteúdo de modo não interativo, ou seja, não possui o controle sobre o que está sendo transmitido via *internet*. Como comparativo para uma melhor didática, considera-se como exemplo: rádio e televisão. Nestes meios de entretenimento, o usuário sincroniza (escolhe) o canal que deseja assistir ou ouvir em se tratando de rádio, e uma vez sincronizados o usuário não consegue interagir com o conteúdo transferido em tempo real.

Em se tratando de *streaming on demand*, segundo BENTO NETO (2016, p. 34) ele possui uma vantagem de: [...] "ser consumido no momento em que o usuário assim o desejar, uma vez que o conteúdo já se encontra previamente armazenado em um servidor-base que enviará a transmissão da mídia somente quando solicitado". Deste modo o *streaming on demand*, possui o caráter interativo, pois o usuário possui controle sobre o conteúdo na plataforma, podendo manuseá-lo durante a transmissão (pausar, passar para frente, voltar).

Cumprе ressaltar, que várias empresas utilizam o método "*streaming on demand*" para prestar serviços de entretenimento, cita-se como exemplos, a *Netflix*, *AmazonPrime*, *Spotify*, *Crackle*, *Youtube*, *Google Play*, *Deezer*, etc. No presente artigo, o enfoque da pesquisa será realizar uma análise sobre a *Netflix*, tendo em vista que ela se caracteriza como a principal referência de entretenimento pago via plataforma de *streaming*.

3. DA NETFLIX

A título de exemplificação das grandes empresas que trabalham com a tecnologia de *streaming*, pode-se destacar a *Netflix*. Todavia, insta salientar que no desenvolvimento da *Netflix*, observou-se que as suas primeiras atividades foram desenvolvidas pelo site "*netflix.com*", sob o qual eram realizados vendas e os aluguéis de DVD's (*Digital Versatile Discs*), de filmes disponibilizados pelas empresas parceiras, que segundo STÜRMER e SILVA (2015, p. 3) destacam-se a *Warner Brothers*, *Columbia Film Studios*.

Ocorre que, no período do surgimento da *Netflix* sob o qual era utilizado para prestação dos seus serviços os DVD's, pode ser observado que a empresa foi responsável pelo rompimento da utilização de conteúdo audiovisual através do VHS (*Vídeo Homem System*) e VCR (*Vídeo Cassette Recorder*). Entretanto, a *Netflix* na época competia no mercado com a empresa *Blockbuster Inc.* considerada no período, a maior rede de locadoras de filmes (FREIRE, 2018).

Pontue-se, ademais, que o serviço da *Netflix* era prestado através dos correios dos Estados Unidos. Para utilização do serviço proposto, o usuário realizava uma assinatura mensal, para que, posteriormente, fosse ofertada a locação ilimitada dos títulos em posse da empresa (KULEZA e BIBBO, 2013).

Devido aos avanços tecnológicos e principalmente da *internet*, no ano de 2007 a empresa aderiu-se a tecnologia *streaming* (NETFLIX MEDIA CENTER, 2019), colocando os títulos em sua posse para a execução em VOD (*vídeo on demand*), ou seja, plataforma de *streaming*. Desse modo, a empresa passou a realizar transmissão *online* de filmes e séries para seus assinantes em sua plataforma 100% digital.

Oportuno frisar, que a *Netflix* realizou parcerias com grandes empresas consolidadas do ramo de desenvolvimento de tecnologias, tais como, *Apple*, *Google*, e outras, com intuito de possibilitar a visualização dos conteúdos da plataforma *streaming* em diversos aparelhos eletrônicos conectados à *internet* (STAFIN, 2019).

Em 2012, ocorreu o lançamento da primeira série original *Netflix*, denominada “*Lilyhammer*”, marco inicial da empresa no ramo das produções independentes. Logo após, foi produzida a série *House of Cards*, reconhecida e objeto de diversas premiações.

No ano de 2018, a *Netflix* atingiu o patamar de US\$ 152,3 Bilhões em valor de mercado (G1, 2018) e fechou o ano com quase 150 milhões de assinantes (FLINT e MAIDENBERG, 2019) caracterizando-se como uma potência mundial no serviço de *streaming on demand*, como consequência do seu crescimento expressivo desde o ano de 2016, quando passou a operar em mais de 190 países.

Face ao exposto, é notório o destaque que a *Netflix* trouxe para esta modalidade de serviço, de forma a assumir um grande espaço na economia e também na vida dos seus assinantes. Contudo, até o ano de 2016 esta modalidade de serviço era isenta de imposto (EDITORIAL EPD ONLINE, 2019), haja vista a dificuldade do enquadramento jurídico para se tributar essa espécie de serviço, devido ao fato que o desenvolvimento tecnológico evolui de forma mais rápida que o direito, ou seja, torna-se dificultoso a adequação legislativa, principalmente na seara tributária (INDA e IBAÑEZ, 2018).

Nesta senda, no ano de 2016, coincidentemente no mesmo ano em que a *Netflix* passou a operar em nível internacional, o legislativo, sentiu a necessidade de adequar a norma tributária com a presente modalidade de serviço, optando por considerar que o serviço de *streaming* é fato gerador do ISS.

4. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA E A *NETFLIX*

Diante o exposto, presente a hipótese de tributação da *Netflix* através do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN ou ISS), é importante, antes de uma abordagem mais específica sobre a problemática, entender o conceito e a incidência do referido tributo sobre serviços.

Neste contexto, conforme entendimento doutrinário, entende-se que o ISS consiste em uma importante fonte de receita para os cofres públicos municipais e distritais, possui finalidade arrecadatória, sendo considerado um tributo com função fiscal (MAZZA, 2018). Está previsto no art. 156, inciso III, e §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com ressalvas aos serviços previstos no art. 155, inciso II, da CRFB/88, que estão sujeitos à tributação do ICMS (operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação), qualquer serviço pode ser tributado pelos Municípios, desde que definidos em lei complementar (ALEXANDRE, 2017).

Como se nota, a Lei complementar tem um papel muito importante para o Direito Tributário, e nesse sentido em 31 de julho de 2003 foi sancionada a lei complementar de nº 116 versando sobre o ISS.

Precipuamente, a Lei Complementar recebeu influência do Decreto-Lei nº 406/1968, o qual sofreu revogação parcial, e tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1998, com força de lei complementar, conforme se nota na ementa abaixo.

EMENTA: 'TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. DEDUÇÃO DO VALOR DE SUBEMPREITADAS TRIBUTADAS. ART. 9º, § 2º, ALÍNEA B, DO DECRETO-LEI N. 406/68. 1. O Decreto-Lei n. 406/68 foi recepcionado como lei complementar pela Constituição da República. Precedentes: Recursos Extraordinários ns. 236.604 e 220.323. 2. O disposto no art. 9º, § 2º, alínea b, do Decreto-Lei n. 406/68 não contraria a Constituição da República. 3. Recurso extraordinário não conhecido'. (RE 262.598/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão)

Assim sendo, a lei complementar supramencionada estabeleceu uniformidade à disciplina normativa do ISS, com o propósito de evitar guerra fiscal entre as unidades federativas, conforme é exemplificado por Ricardo (ALEXANDRE, 2017, p. 758), ao relatar que

A maneira mais comum como se dava a guerra fiscal do ISS era os Municípios estipularem alíquotas irrisórias para o tributo, atraindo empresas para os respectivos territórios, uma vez que a competência para a cobrança era, em regra, do Município em que estava domiciliado o prestador de serviço.

Noticiou-se, por exemplo, que Municípios da região metropolitana de São Paulo reduziram a alíquota do ISS para 0,5% (meio ponto percentual), o que equivalia a um décimo do que era cobrado na Capital. Dessa forma, as empresas que mudassem formalmente suas sedes para tais Municípios gozariam de uma redução de 90% (noventa por cento) na carga relativa ao tributo.

Diante dos conflitos que existiam como no exemplo supramencionado, e a observância dos pressupostos elencados na Constituição Federal em seu art. 156 § 3º, I a III, a edição da LC nº 116/2003 veio para solucionar estes conflitos, fixando a definição dos serviços tributáveis, alíquotas máximas e mínimas, exclusão da incidência sobre as exportações de serviços para o exterior e regulamentando a forma e as condições das isenções, incentivos e benefícios fiscais que poderão ser concedidos e revogados.

Todavia, segundo Kiyoshi (HARADA, 2018) a lei complementar em questão não é autoaplicável, sendo necessária edição de lei ordinária específica. Portanto, os mais de 5.500 municípios brasileiros poderão editar leis ordinárias municipais, para instituírem o ISS, respeitando a alíquota mínima de 2% (art. 8º-A da LC nº 116/2003) e máxima de 5% (art. 8, II, da LC nº 116/2003), cuja base de cálculo será o preço do serviço (art. 7.º da LC nº 116/2003).

Além disso, quando se tratar de ISS sobre o regime fixo, a base de cálculo não leva em consideração o valor do serviço, apenas um valor anual (fixo) cobrado pela legislação Municipal, nos termos do art. 9 do Decreto-Lei nº 406/1968.

Segundo o que consta no art. 1º da LC 116/2003, o ISS tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa a ela, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. Por conseguinte, entende jurisprudência que a lista anexa é taxativa, ou seja, que um serviço que não esteja nela previsto não poderá ser tributado pelos Municípios (MINARDI, 2018).

Desta forma, ainda que seja serviço, se for inexistente a sua previsão na lista anexa, não haverá incidência do ISS.

Seguindo essa linha de pensamento jurisprudencial, em dezembro de 2016 foi sancionada a Lei Complementar nº 157, que trouxe alterações significativas para LC 116/2002, e dentre essas alterações, pode-se enfatizar a inclusão do *streaming* na lista anexa, adicionado no item de nº 1, “serviços de informática e congêneres”, subitem de nº 1.09 a qual diz: “Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da *internet* [...]”.

Vigente a nova hipótese incidência do imposto em comento através da Lei Complementar 116/2003, alguns municípios, principalmente São Paulo, decidiram por tributar a *Netflix* (SUTTO, 2018).

Convém trazer à baila que a competência dos Municípios para instituírem ISS, e ponderadamente, a hipótese em discussão, é legítima. Primeiramente em respeito ao dispositivo constitucional previsto no art. 146, inciso III, da CF/88, a qual dispõe que “cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”, porquanto a LC 116/2003 respeitou o princípio da legalidade, e principalmente atendeu aos pressupostos do art. 156, caput, inciso III, parágrafo 3º, da CF/88.

Entretanto, apesar de legítima a instituição do ISS sobre a prestação de serviço de *streaming*, surgiu, conseqüentemente, indagações quanto a inconstitucionalidade da cobrança do tributo, considerando não ser compatível com o conceito de serviço que traz a incidência do ISS.

4.1 CONCEITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

A conceituação de prestação de serviço é de caráter fundamental para, somente assim, ser possível verificar a legitimidade e a constitucionalidade da atualização legislativa que trouxe a hipótese de tributação da *Netflix*, uma vez que

há divergências acerca do termo serviço em outras áreas do direito, a exemplo direito trabalhista (INDA e IBAÑEZ, 2018). Nesse sentido, a conceituação de serviço, para o ramo tributário, exige especificações técnicas próprias do ramo.

No presente contexto jurídico, existem duas correntes que conceituam o serviço. A primeira defende de forma uma, o caráter econômico da prestação de serviço, entendendo assim, que a definição primordial de serviço decorre de um fator econômico. A segunda corrente, fundamentada no Direito Civil, contextualiza que a definição de serviço é a que está presente no Código Civil (norma infraconstitucional), tendo em vista a previsão específica no que diz respeito à prestação de serviços (STAFIN, 2019).

Face ao exposto, Aires (BARRETO, p. 337) definiu que “[...] serviço é a prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime privado, mas sem subordinação, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial”.

Nesta mesma linha intelectual preleciona Regina (COSTA, p. 295) [...] “podemos definir o serviço cuja prestação é tributável pelo ISSQN como a prestação de utilidade de qualquer natureza a terceiro, efetuada em caráter oneroso, sob regime de direito privado, e que não configure relação de emprego”.

Neste giro, extrai-se, portanto, que o serviço, para o Direito Tributário, consiste em verdade na obrigação de fazer, pela qual uma pessoa em troca de pagamento (dinheiro) realiza a transmissão de um bem imaterial (serviço) para outra pessoa.

4.2 DA INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A *NETFLIX*

Conforme já explanado, a LC 157/2016 realizou alterações na LC 116/2003 que rege sobre o ISS, acrescentando a hipótese de incidência do *streaming* na lista anexa, contudo, para muitos estudiosos e operadores do direito, a hipótese de tributação das plataformas de *streaming* não obedece ao entendimento do STF e Súmula Vinculante nº 31 que versa sobre a não incidência do ISS sobre locação de bens móveis.

A Súmula em questão advém do precedente representativo julgado pelo STF, RE 116.121-3/SP.

TRIBUTO. FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. Imposto Sobre Serviços. Contrato de locação. A terminologia constitucional do Imposto Sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, **os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis**, práticas diversas regidas pelo Código Civil/1916, cujas definições são de observância inafastável — art. 110 do CTN/1966. **[RE 116.121]**, rel. min. **Octavio Gallotti**, red. p/ o ac. min. **Marco Aurélio**, P, j. 11-10-2000, *DJ* de 25-5-2001.](Grifo nosso)

Dessa forma, o STF interpretando o art. 110 do CTN, articulou que os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de bens móveis. Verifica-se, portanto, que o ISS incide no contrato de prestação de serviços, e não no contrato de locação.

Acrescenta-se ainda, o texto legal do Código Civil que aborda a distinção dessas disposições nos artigos 565 e 594:

Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

Corroborando com o exposto, o Ministro Marco Aurélio no julgamento do Agravo de Instrumento nº 623.226/RJ, em seu voto, definiu que há de prevalecer à definição de cada instituto, de modo que, somente as obrigações que circundam o esforço humano, podem ser fato gerador do ISS (STAFIN, 2019).

No caso em tela, para que uma pessoa física seja um usuário da *Netflix*, é necessário realizar uma assinatura, para que, posteriormente possa ter o acesso ilimitado aos conteúdos disponíveis na plataforma *streaming* da empresa. Essa

lógica contratual é o que sustenta a ideia de que a *Netflix* realiza uma “obrigação de dar” por se assemelhar ao contrato de locação.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 651.703/PR em sede Repercussão Geral, sinalizou uma mudança na interpretação do conceito de serviço expresso no ordenamento jurídico, de forma a definir prestação de serviço como “o oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestado com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugado ou não à entrega de bens ao tomador”.

Portanto, pode-se dizer que, mesmo que as prestações de serviço realizado pelas plataformas de *streaming* venham a constituírem uma obrigação de dar, poderá ser passível de tributação, desde que as atividades prestadas sejam com habitualidade e intuito de lucro.

Assim sendo, não há de se considerar inconstitucional a hipótese prevista na lista à anexa, sobre a incidência do ISS no serviço prestado pela a *Netflix de streaming*, uma vez que a empresa atende ao conceito moderno de serviço. Porém, apesar de constitucional, vale destacar, que o legislador cometeu um equívoco na atualização da lista anexa à LC116/2003 ao incluir o serviço de *streaming* no subitem de nº 1.09, pois desta forma, veio a considerá-lo como um serviço de informática, como pode ser observado abaixo.

1 – Serviços de informática e congêneres.

[...]

1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).

Diante do exposto, pode-se notar que para o legislador, a *Netflix* realiza um serviço de informática. Contudo, essa afirmação é contraditória, pois o serviço realizado pela *Netflix* é em verdade, um serviço de entretenimento, que em suma

deveria ter sido enquadrado no item de número 12 da lista anexa (LC 116/2003) que preleciona como hipótese de incidência do ISS “serviços de diversões, lazer, entretenimento e congêneres”, e de forma específica vem o subitem 12.16 definir a “exibição de filmes” como incidência do ISS.

Portanto, é evidente que o legislador levou em consideração apenas o meio (o *streaming*) para se chegar ao resultado, que é o de entretenimento (exibição de filmes). Todavia, não foi levado em consideração o propósito da realização da prestação do serviço da *Netflix*, ou seja, a sua finalidade, que consiste na “exibição de filmes” através de sua plataforma *streaming*.

Com efeito, o serviço de entretenimento prestado pela *Netflix* não se difere do serviço de exibição de filmes em cinema, exceto pelo meio utilizado (FALEIRO, 2019). Logo, não foi criada uma nova modalidade de serviço, apenas ocorreu uma transformação na forma de exibição de conteúdo de áudio e vídeo. Por exemplo, devido ao *streaming*, um filme pode ser assistido através de um computador, *tablet*, *smartphone*, ou em qualquer meio eletrônico com compatibilidade com esta tecnologia.

Assim, a tributação da *Netflix* é *devida*, uma vez que está encontra-se presente na lista anexa as hipóteses de incidência do ISS, e pelo fato de realmente se enquadrar no conceito de serviço que rege o campo de incidência do ISS. Entretanto, é infundada a definição de plataformas de streaming como serviço de informática, vez que a finalidade do serviço prestado é ofertar aos assinantes o entretenimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É justificável que a tecnologia do *streaming* tenha ganho destaque não somente pelo seu desenvolvimento rápido, mas também pela sua capacidade de gerar riquezas para grandes empresas como a *Netflix*. Tratando-se de um fato social com repercussão no meio jurídico, é interessante e necessário a discussão sobre a melhor forma de implementação no sistema jurídico brasileiro sobre a nova dinâmica na prestação de serviços de entretenimento digitais, tendo em vista a ausência de regulamentação tributária até o ano de 2016.

Diante disso, o presente artigo tem a intenção de apresentar análise perfunctória para se tributar o serviço prestado pela *Netflix*. Assim sendo, é

proposta uma reflexão com base na doutrina e jurisprudência para análise da hipótese de incidência tributária sobre a prestação de serviço através do *streaming* está realmente correta na sistemática jurídico tributaria do Brasil.

Nesse contexto, foi analisado o conceito norteador do direito tributário, que rege o imposto sobre serviço de qualquer natureza, e demonstrada a iniciativa de evolução jurisprudencial acerca deste conceito, uma vez apresentado na seara tributária de forma retraída, que possivelmente isentava as atividades empresariais na nova sistemática de prestação de serviço de entretenimento.

Portanto, diante da nova concepção da suprema corte sobre o conceito de "serviço", bem como o engajamento dos novos negócios jurídicos decorrentes da *internet*, revelou-se possível à tributação do serviço prestado pela *Netflix*, pois o Supremo Tribunal Federal veio a modernizar o entendimento jurisprudencial, superando o entendimento doutrinário que visava apenas enquadrar como hipótese de incidência do ISS as prestações de serviços cuja as obrigações resultavam em "fazer".

Nesta esteira, o novo entendimento acerca do conceito de serviço aduz, que, os serviços prestados podendo estar conjugado ou não a uma obrigação de "dar", atendem ao conceito de serviço incidente do ISS, desde que as atividades sejam realizadas de forma habitual e com intuito de lucro.

Apesar de constatada a constitucionalidade da tributação da *Netflix* por parte dos Municípios, se mostrou equivocada a definição empregada pelo legislador, ao acrescentar a hipótese de incidência do ISS sobre as plataformas de *streaming* na lista anexa a LC 116/2003, pois ao considerar que o serviço se trata de informática, vem a contrariar em suma, o serviço prestado pela *Netflix*, pois este como foi averiguado constitui um serviço de entretenimento.

Desta forma, há de ser revista à inovação legislativa, para que assim, possa ser enquadrada a melhor forma de tributação para o entretenimento oferecido através do *streaming*. Desta forma, não deverá ser tributando o meio utilizado para esta finalidade, mas o entretenimento em si, cuja previsão conforme o apurado já se fazia presente na lista anexa, todavia, não de forma específica no enquadramento conceitual da dinâmica moderna da prestação do serviço de exibições de filmes.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, R. **Direito Tributário**. 11. ed. Salvador/BA: JusPODIVM, 2017.
- BARBOSA, G. G. **LC 157/2016 e a contitucionalidade de tributação da disponibilização de som e imagem online à luz do art. 156, III, da CRFB/88**. Universidade de Brasília. Brasília. 2017.
- BARRETO, A. F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BENTO NETO, N. **A incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre o Streaming - (In)Constitucionalidade do Projeto de Lei Complementar n. 366/2013**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 79. 2016.
- BRASIL. LEI Nº 5.172. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**, Brasília, DF, 25 out 1966.
- BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.
Acesso em: 2018 abr 20 abr.
- BRASIL. LEI Nº 10.406. **Institui o Código Civil**, Brasília, DF, 10 jan 2002.
- BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 116. **Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências**, Brasília, DF, 31 jul 2003.
- BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 157, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2016. **Altera a Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza**, Brasília, DF, 29 dez 2016.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 406, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1968. **Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências**, Brasília, DF, dez 1968.

CAMPOS CABRAL, A. C. M.; CAVALCANTE VIEIRA, A. B. **A inconstitucionalidade da tributação das plataformas de streaming à luz da lei complementar nº 157/2016**. ESMAL. ALAGOAS, p. 16. 2017.

COSTA, R. H. **Curso de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

EDITORIAL EPD ONLINE. Como funciona a tributação em serviços como Netflix e Spotify. **EPDonline**, 2019. Disponível em:

<<https://www.epdonline.com.br/noticias/como-funciona-a-tributacao-em-servicos-como-netflix-e-spotify/1720>>. Acesso em: 12 mai 2019.

FALEIRO, T. J. O devirtuamento da lei do ISS. **cursopiva**, 2019. Disponível em: <<https://www.cursopiva.com.br/noticias/o-devirtuamento-da-lei-do-iss>>. Acesso em: 30 abr 2019.

FERNANDES, M. G. **A tutela dos direitos autorais no consumo de produtos culturais nas plataformas de streaming**. Rio Grande, p. 52. 2016.

FLINT, J.; MAIDENBERG, M. Número de assinantes da Netflix sobe, mas crescimento desacelera nos EUA. **FOLHA DE SÃO PAULO**, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/numero-de-assinantes-da-netflix-sobe-mas-crescimento-desacelera-nos-eua.shtml>>. Acesso em: 30 abr 2019.

FREIRE, B. R. **Análise da tributação do streaming à luz da legislação tributária brasileira**. Universidade Federal de Lavras (UFLA). LAVRAS-MG. 2018.

G1, P. Netflix passa Disney e vira empresa de mídia com maior valor de mercado. **g1.globo**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/netflix-passa-disney-e-vira-empresa-de-midia-com-maior-valor-de-mercado.ghtml>>. Acesso em: 2019 mai 11.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HARADA, K. **Direito financeiro e tributário**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

INDA, E. D.; IBAÑEZ, A. P. TRIBUTAÇÃO DIGITAL: ANÁLISE SOBRE A INCIDÊNCIA DE ICMS E ISSQN NA TECNOLOGIA STREAMING. **JUSTIÇA & SOCIEDADE**, v. 3, p. 46, 2018. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/687>>. Acesso em: 30 abr 2019.

MARCONI, M. D. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: [s.n.], 2003.

MAZZA, A. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MICHEL, M. H. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais**: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos. São Paulo: Atlas, 2005.

MINARDI, J. **Tributário teoria e prática oab 1ª e 2ª fases**. 10. ed. Salvador/BA: JusPODVIM, 2018.

NETFLIX MEDIA CENTER. História da Netflix. **Netflix Media Center**, 2019. Disponível em: <https://media.netflix.com/pt_br/about-netflix>. Acesso em: 12 abr. 2019.

STAFIN, C. L. F. A Tributação de novas tecnologias e serviços de streaming no Brasil. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, p. 41, 2019. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4318/a-tributacao-novas-tecnologias-servicos-streaming-brasil>>. Acesso em: 27 abr 2019.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 116121 SP. Relator: Ministro Octavio Gallotti. DJ: 25/10/2000. **JusBrasil**, 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14752895/recurso-extraordinario-re-116121-sp>>. Acesso em: 20 mai 2019.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 262598 PR. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ: 14/08/2007. **JusBrasil**, 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727576/recurso-extraordinario-re-262598-pr?ref=serp>>. Acesso em: 30 abr 2019.

SUTTO, G. Proposta que cobra impostos da Netflix é aprovada por conselho no governo. **Infomoney**, 2018. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/negocios/grandes-empresas/noticia/7463197/proposta-que-cobra-impostos-netflix-aprovada-por-conselho-governo>>. Acesso em: 10 mai 2019.

TSCHÖKE, C. **Criação de streaming de vídeo para transmissão de sinais de vídeo em tempo real pela internet**. Universidade Regional de Blumenau. Blumenau, p. 82. 2001.

BRASIL. STF. AI nº 623226. Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 01 fev. 2011.

BRASIL. STF. Súmula vinculante nº 31. Teor: É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis.

[1] Antônia Maria Da Silva. Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário na Faculdade Serra do Carmo. Docente da área de Direito no Instituto Federal do Tocantins. Mestra em Direito Agrário Pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral Pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: antonia.m.s@hotmail.com

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS ACIDENTES DE TRÂNSITO

THAÍS GOMES PEREIRA: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

RAMILLA MARIANE SILVA CAVALCANTE^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O tema foi responsabilidade civil do Estado nos acidentes de trânsito com o objetivo de investigar a responsabilização estatal por omissão nos acidentes de trânsito. Os tribunais brasileiros têm entendido e se posicionado a favor das vítimas dos acidentes de trânsito, em decorrência da omissão estatal. Para o desenvolvimento do estudo utilizou-se o método hipotético-dedutivo, técnica a pesquisa bibliográfica em fontes virtuais e impressas, com natureza qualitativa. Os principais resultados foram que o Estado tem o dever de arcar com prejuízos causados, não ser omisso nos casos de acidente de trânsito, zelar das vidas públicas, mantendo a qualidade e a eficiência na prestação dos serviços públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade. Civil. Estado. Acidentes. Trânsito.

ABSTRACT: The subject was the civil liability of the State in traffic accidents in order to investigate the State's liability for omission in traffic accidents. The Brazilian courts have understood and positioned themselves in favor of the victims of traffic accidents, due to the omission of the State. For the development of the study, the hypothetical-deductive method was used, and the bibliographical research in virtual and printed sources, with a qualitative nature. The main results were that the State has the duty to pay for damages, not to be silent in cases of traffic accidents, to ensure public life, while maintaining quality and efficiency in the provision of public services.

KEYWORDS: Responsibility. Civil. State. Accidents. Traffic.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a responsabilidade civil do Estado por omissão em relação aos acidentes de trânsito. O tema da responsabilidade civil baseado no Direito Público se vale de alguns pressupostos peculiares, por vezes excludentes da

responsabilidade, que são habitualmente considerados válidos, pois, representam a própria natureza da atividade estatal, que é a busca do interesse público.

Isto porque, tais pressupostos, antes de representarem qualquer privilégio em favor do Estado, são instrumentos capazes de assegurar o desempenho da atividade do Poder Público na busca do interesse coletivo. São conceitos aceitos doutrinariamente e foram construídos a partir da Teoria do Estado Moderno e do conceito de Soberania dos entes políticos internacionais, de grande força doutrinária, portanto.

Os pressupostos de Direito Público que estão intrinsecamente relacionados à teoria da responsabilidade civil, que ora se apresentam como óbices à incidência da responsabilidade, ora como em seu fomento.

Nessa linha de raciocínio, tecem-se rápidas considerações, acerca da responsabilidade civil do estado, que é a que interessa ao trabalho. A responsabilidade civil do estado passou por longa evolução doutrinária, indo da irresponsabilidade estatal até a responsabilidade sem culpa, objetiva, baseada no risco administrativo. Tal dever é derivado de atos lícitos e ilícitos e não contratual firmado pelas partes. Os atos dos entes estatais e poder público ocorrem obrigação sem culpa, ou seja, objetiva.

Neste sentido, o problema de pesquisa a ser investigado é: o Estado é responsável civilmente pela omissão dos agentes públicos ou concessionários nas atribuições de sua função nos casos dos acidentes de trânsito?

A hipótese principal do estudo é comprovar que o Estado responde civilmente em casos de lesões causadas por agentes ou concessionários em virtude dos acidentes de trânsito, tendo em vista que presta serviço público em nome da Administração Pública e/ou Poder Público.

O objetivo geral do estudo foi de investigar a responsabilização do Estado por omissão nos acidentes de trânsito. Os objetivos específicos se pautaram em verificar como se configura o papel do Estado, especificamente na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos; analisar o instituto da responsabilidade civil sui generis, verificando quais os pressupostos, suas formas e excludentes; investigar a Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, sobre tudo na responsabilidade

objetiva e subjetiva deste e como esta se configura, assim como o risco administrativo e integral referente aos agentes públicos e concessionários prestadores de serviços públicos.

Para a realização do trabalho utilizou-se o método hipotético-dedutivo, as técnicas utilizadas foram à pesquisa bibliográfica e exploratória, de natureza qualitativa. Também foi utilizada pesquisa bibliográfica em fontes impressas e virtuais, leis, decretos, códigos e demais fontes literárias que abordam sobre o assunto e que contribuíram para a realização deste estudo.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Para cada ação praticada pelo indivíduo lhe cabe responsabilidade. A premissa da responsabilidade civil consiste na ideia de que ninguém pode lesar o interesse e/ou direito do outro.

Para Stoco (2014, p.114):

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana

Desta forma, a responsabilidade se relaciona com a prática de um ato ilícito, que afeta determinada pessoa gerando como consequência reparação do dano ou prejuízo (moral ou patrimonial).

Para Cavalieri (2012, p.55) a responsabilidade civil é:

[...] o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um novo dever jurídico. [...] Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano.

A ideia de responsabilidade no ordenamento jurídico adquire caráter obrigacional, ou seja, é uma obrigação que o autor precisa ter quando comete ato ilícito, devendo indenizar a vítima pelos danos causados. O conceito legal da responsabilidade civil está disposto no artigo 927 do Novo Código Civil que diz:

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Segundo Rodrigues (2003) responsabilidade civil traz a obrigação de o indivíduo reparar prejuízos causados a outros, por fato próprio ou terceiros. Diniz (2015, p.30) depreende:

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar um dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Assim, a responsabilidade civil pode ser entendida como a obrigação do agente causador do ato ilícito em reparar o dano causado a terceiro, por ato próprio ou por alguém sob sua tutela. Ou seja, a responsabilidade civil é a obrigação de fazer ou não fazer ou ainda pelo ressarcimento de condenação em dinheiro.

Incita à obrigação ao direito de que é titular o credor diante do dever tendo por objeto, a prestação e quem respondem pela reparação do dano é o patrimônio. No entanto, em conformidade com o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, o agente causador do dano nunca responderá com sua prisão pelo débito, somente como obrigação alimentícia e depositário infiel.

No entanto, em sessão realizada no dia 16 de dezembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal aprovou súmula vinculante de nº 25 que trata da prisão do depositário infiel, que afirma que é lícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Ressalte-se que o ilícito previsto na referida súmula vinculante é o civil.

Tal decisão divergiu do tratado internacional ratificado pelo Brasil com relação à prisão civil, o Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, que no art. 7º, § 7º, aduz: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedida em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Para ter responsabilidade a pessoa precisa ser dotada de capacidade, nos casos em que o agente não possuir capacidade do exercício de seus direitos, a responsabilidade pelos atos civis cometidos são transferidos para o seu responsável imediato. As pessoas jurídicas são totalmente responsáveis pelos atos de emissão volitiva da coletividade apresentada. As sociedades de direito privado, independente de registro na Junta Comercial ou não, a responsabilidade é solidária, isto porque não possuem personalidade jurídica e, tampouco, autonomia patrimonial.

Neste contexto, para que se estabeleça, de fato, a responsabilidade civil, é preciso haver a conduta do agente causador do dano, surgindo, assim, o dever de reparação. O dever de indenizar advém da responsabilidade civil, e deverá haver a conduta do agente e nexos de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente.

Para Venosa (2016, p.13), existem quatro pressupostos para que exista o dever de indenizar, quais sejam: “[...] os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e finalmente, culpa.”

Diniz (2015, p.32) ressalta que existem três requisitos para a responsabilidade civil “[...] ação ou omissão, dano e a relação de causalidade.” Para Rodrigues (2002, p.16) os pressupostos da responsabilidade civil são “[...] culpa do agente, ação ou omissão, relação de causalidade e dano”. Outro aspecto que pode integrar a responsabilidade civil é o dolo, em casos que há intenção de causar danos, ou seja, quando é manifestado o desejo do agente em provocá-lo.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade atinge a todos os indivíduos e instituições. Não somente a comunidade jurídica passou a visualizar com restrições a tese da irresponsabilidade, como também, a própria sociedade e os indivíduos que a integram reclamam respostas para as vulnerações aos seus interesses.

Diante de qualquer lesão, alguém sempre se responsabilizará por ela. O Estado é uma entidade que aprendeu a conviver com as solicitações constantes de responsabilização, parece até que o governo erra sempre e sempre é chamado a assumir seus erros e consequências que deles advêm.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 37:

[...] as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Deste modo, percebe-se que pessoas jurídicas e públicas, prestadores de serviços públicos também podem ser responsabilizados por danos ou prejuízos causados por seus agentes e que, quando for a terceiros está assegurado o direito de regresso contra os responsáveis quando dolo ou culpa.

O direito de reparação dos danos deve ser concretizado por meio de ações judiciais, na esteira do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Percebe-se que a obrigação de o Estado reparar está prevista em lei, assim as ações podem ser impetradas sob o rito ordinário ou especial, como mandado de segurança, em trato de lesão ou dano individual. Quando se tratar de interesse coletivo, por meio de ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo de mandado de injunção.

Embora se tenha certa resistência quanto à forma extrajudicial, as ações também podem ser instrumentalizadas por via administrativa, por meio de conciliação, transação ou arbitragem. A ação de indenização do dano causado pelo

agente deve ser movida à pessoa jurídica e não física, ou seja, deve ser endereçada à Fazenda Pública e não ao servidor propriamente dito, conforme explica Silva (2003, p.654):

[...]a obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertence o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva u contra a pessoa jurídica prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também.

A regra no ordenamento jurídico brasileiro é que quando há dolo ou culpa, O Estado responde pelo dano e, também, o servidor público pela via regressiva. Vale ressaltar que se deve incentivar a utilização de meios alternativos na resolução de conflitos de interesses, em especial, por meio dos institutos da conciliação e da transação e até mesmo a arbitragem.

No que diz respeito à responsabilidade administrativa, Gonçalves (2005, p.142) ressalta que “[...] a atual lei brasileira acolhe a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, sob a modalidade de risco administrativo”.

Como afirmado anteriormente, o art. 37 da Constituição Federal de 1988 estendeu a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público. No parecer Di Pietro (2017, p.414): “(...) a norma constitucional veio pôr fim às divergências de responsabilidade objetiva.”.

Nesse caso, a responsabilidade é por nexos administrativo, conforme expressa Moreira Neto (2005, p.578):

[...]a Constituição Federal, art. 37, parágrafo 6º, consagra a teoria do risco administrativo, como já a faziam, anteriormente, a Constituição de 1968, no art. 107, a Constituição de 1967, no art. 105 e a Constituição de 1946, no artigo 194, estendida as entidades prestadoras de serviços públicos.

Com o mesmo entendimento, Di Pietro (2017, p.414) salienta que “A responsabilidade civil do Estado é a responsabilidade objetiva, que se fundamenta na teoria do risco administrativo”.

Segundo Gonçalves (2005, p.142) a Carta Magna brasileira e vigente manteve a responsabilidade civil objetiva do poder público e a teoria do risco administrativo, conforme se observa “A Constituição Federal adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, mas sob a modalidade do risco administrativo.”.

Em suma, o Código Civil de 2002, em seu art. 43 preconiza: “[...] as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”.

Percebe-se que a responsabilidade do Estado se configura na teoria do risco administrativo, pela possibilidade de se demonstrar a culpa parcial e concorrente da vítima, ou seja, as excludentes.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a organização do Estado e Administração Pública, prescreve no art. 37, item XVII, § 6º firmou a responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva de seus agentes, não excluindo a responsabilidade do juiz, por ser ele considerado um agente público.

No entanto, quanto à natureza dessa responsabilidade, medida pela intensidade de fim (o dolo), pela sua atuação e não por culpa, o art. 133 do Código de Processo Civil, assim estabelece: “[...] responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.” Pacífica da mesma linha a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, art. 49 “[...] responderá com perdas e danos o juiz, quando – I – no exercício de suas funções procederem com dolo ou fraude.”.

A respeito da responsabilidade contratual pode-se afirmar que ocorre quando um não cumpre o estipulado no contrato, violando cláusula do contrato devendo, assim, indenizar a vítima pelo dano. De acordo com o art. 389 do Código Civil: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos [...]”.

Para Rodrigues (2002, p.8), a responsabilidade contratual gera obrigação de indenizar para a parte que descumpriu o contrato, pois, “[...] na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe,

entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado na convenção.”.

Assim, para de fato existir a responsabilidade contratual é preciso ter sido firmado um contrato entre as partes, cabendo ao lesado comprovar que a culpa não afetou o contrato e que o inadimplemento lhe causou prejuízo ou dano. Rodrigues (2002, p.9) salienta que “[...] o dever de ressarcir é devido ao dano, ao prejuízo sofrido pela vítima em virtude do descumprimento do contrato e não pelo descumprimento em si.”.

Ou seja, caso a parte que infringiu o contrato comprove que o descumprimento aconteceu devido a ocorrência de uma das excludentes da responsabilidade, fica isento da obrigação de reparar o dano (art. 393, CC).

A respeito da responsabilidade extracontratual pode-se dizer que é aquela que não deriva de contrato e sim da inobservância de normas referentes a direitos tanto pessoais, quanto reais. Não é necessária a existência de vínculo anterior ao fato para que haja responsabilidade, basta que haja um dever ocorrido em uma norma legal e que este dever seja violado pelo agente, causando prejuízo ou dano à vítima.

A responsabilidade extracontratual, também conhecida por responsabilidade Aquiliana, devido à origem da Lex Aquila, defendia a hipótese de se responsabilizar alguém pelo dano mesmo sem a existência de um contrato anterior.

A esse respeito Venoso (2016, p.55) afirma:

[...] Lex Aquila é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação do Lex Aquila o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se a origem de responsabilidade

extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade.

Percebe-se a distinção clara entre responsabilidade contratual, que se consolida com a obrigação de reparar o dano, a partir do não cumprimento de obrigações advindas de determinado contrato. Sendo que, na responsabilidade extracontratual, a reparação ao dano deve ocorrer mesmo que não exista contrato anterior.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. A responsabilidade civil subjetiva requer a existência da culpa do agente, que deve ser comprovada pela vítima para que haja o dever de reparação. Não é possível responsabilizar alguém pelo dano ocorrido quando não houver culpa, conforme expressa Rodrigues (2002, p.19):

[...] se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e a concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

Deste modo, compreende-se que ocorre a responsabilidade civil subjetiva quando se baseia na culpa do agente, que precisa ser comprovada para que haja a obrigação de indenizar. Para Gonçalves (2005, p.18) que “[...] quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida.”.

De acordo com o art. 927 do Código Civil brasileiro, a responsabilidade civil objetiva se baseia na teoria do risco, que admite a obrigação de reparar o dano independente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a ação do agente implicar risco para os direitos do outro. Nestes casos, o elemento que configura o dever de indenizar deixa de ser a culpa e passa a ser o fato.

Na responsabilidade objetiva Rodrigues (2002, p.19) explica que a.

[...] atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é menor de idade relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, que tenha agido ou não culposamente.

No direito brasileiro a tendência é, sem dúvida, de se adotar a responsabilidade objetiva enquanto regra geral nos casos de indenização por prejuízos ou danos causados a terceiros, pois o antigo sistema fundamentado na culpa mostrou insatisfatório na reparação dos danos causados.

A Constituição Federal de 1988 dedica capítulo especial à Administração Pública, no título dedicado à organização Estado, sendo que, no parágrafo 6º do artigo 37 estabelece a responsabilidade objetiva pelos danos causados por seus agentes. Segundo Di Pietro (2017), trata-se da responsabilidade extracontratual do Estado, a qual se regula pela teoria do risco administrativo.

Percebe-se que a responsabilidade objetiva, com suporte na teoria do risco, se fundamentou em princípios e valores sociais, de igualdade, boa-fé e que ganhou espaço especial na Constituição Federal de 1988, art. 1º, inciso III, que trata da dignidade da pessoa humana, tornando-se fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ou seja, de acordo com a teoria do risco, o dever de indenizar não encontra amparo no caráter da conduta do agente causador do dano e sim no risco que o exercício de sua atividade pode incorrer a terceiros, por meio de exploração econômica. Desse modo, a parte que explora determinado ramo da economia, com altos lucros, tem condições de suportar os riscos e danos a terceiros.

4. OS ACIDENTES DE TRÂNSITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Considerando que a segurança no trânsito é prevista tanto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º) e Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997, art. 1º), que determinam que o trânsito seguro, é um dever de todos e dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, acredita-se que o Estado tem responsabilidade civil nos acidentes de trânsito.

De acordo com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o Estado e os prestadores de serviços públicos respondem objetivamente, ou seja, sem a caracterização da culpa ou dolo, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Isto é o que defende a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Ou seja, para que exista de fato o dever de indenizar do Estado, somente é necessário que a parte prejudicada comprove a existência do dano e do nexo causal entre o dano e a atividade estatal.

Di Pietro (2017, p. 563) trata sobre a responsabilidade por omissão:

[...] esta sempre decorrerá de um comportamento ilícito, pois que somente será possível a verificação da omissão quando existir de uma norma legal impondo um comportamento positivo, ou seja, um agir. Sem a presença de tal norma não há meio viável de se imputar ao Estado um comportamento inerte, sobretudo porque o princípio da legalidade que circunda a administração somente permite a atuação desta quando tal comportamento encontre previsão no ordenamento jurídico.

Assim, a administração pública está impedida a agir nos casos de omissão sem que haja norma impositiva de conduta. Ou seja, para que a responsabilidade civil do Estado em face de uma omissão só poderá ser caracterizada se houver descumprimento, por parte do Estado, de um dever jurídico de agir. Só poderia pleitear uma indenização do Estado por ato omissivo quando esta representar uma violação direta de um dever expresso em norma jurídica, o que transformaria a responsabilidade objetiva em subjetiva, ou seja, ao ser caracterizada a culpa anônima da administração, conforme bem explicitado nas palavras esclarecedoras de Bandeira de Melo (2005, p.115):

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja brigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se

descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. Deveras, caso o poder público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente subjetiva, pois não há conduta ilícita do estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituiria em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente modalidades de responsabilidade subjetiva.

Neste sentido, percebe-se que a responsabilidade civil do Estado por omissão é sempre uma responsabilização por comportamento ilícito, ou seja, será sempre necessária a análise da prova de culpa. Assim, diante da necessidade de comprovar o dever de agir da administração em determinadas situações, será preciso analisar o aspecto subjetivo do fato administrativo, ou seja, a culpa. Observa-se que não há como verificar o dever de agir da administração sem analisar a culpa. Assim, se a administração se mantiver inerte diante do dever de agir, estará agindo culposamente, violando um comando normativo impositivo de comportamento positivo.

Para Cavallieri Filho (2012) para a responsabilização objetiva do Estado nos comportamentos omissivos é necessário verificar se a omissão administrativa é genérica ou específica. Nos casos de omissão genérica, a responsabilidade civil seria subjetiva, se for específica, a responsabilidade seria objetiva, configurando-se um dever individualizado de agir.

Ainda, de acordo com Cavallieri Filho (2012, p.137):

[...] em nosso entender, quando o dano resulta da omissão específica do Estado, ou, em outras palavras, quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do não impedimento do evento, o Estado responde objetivamente, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula.

De fato, a partir do disposto no art. 37, § 6º da Carta Magna brasileira vigente “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros [...]”. Assim, fica claro que o dever de o Estado ressarcir os danos ocorre independente de culpa ou dolo, seja em virtude de conduta comissiva ou omissiva.

O referido artigo constitucional orienta a respeito do direito de regresso conta o agente, em que deverá ser estudada a culpa ou dolo, confirmando que o Estado ou a Administração Pública não levará em conta qualquer aspecto subjetivo da conduta do agente, até mesmo a regularidade da prestação do serviço. Isso não significa que o governo deva indenizar de forma generalizada, sendo responsável por qualquer fato ou dano que venha a acontecer.

Desse modo, compreende-se que o Estado tem responsabilidade, em face da Constituição sempre de forma objetiva, mesmo diante de atos omissivos, sendo improcedente recorrer a teoria do risco integral, pois ainda assim, seria necessária a comprovação da existência do dano e de nexos causal.

E assim, pode-se afirmar que a responsabilidade civil do Estado por omissão ou comissão independe da pesquisa acerca de culpa ou dolo do agente ou da culpa anônima da Administração pública, pois, estão evidentes, conforme expressa Cavallieri Filho (2012, p. 135):

[...] critérios claramente violadores da Constituição. A responsabilidade do estado exsurge sempre que, comprovada a existência de um dano a um particular, este dano for objetivamente imputável ao Estado, isto ser a imputação excluída sempre que o dano estiver dentro dos limites do risco permitido, quando for possível aplicar-se o princípio da confiança, quando o ato, por si só, for invariavelmente inapto a causar danos ou quando a própria vítima for responsável pelo dano.

A responsabilidade do Estado é regida por princípios próprios decorrente de sua posição jurídica. Em virtude da posição que o Estado ocupa, impõe a ele a prática de deveres públicos e prestações que não pode ignorar. O contato com os

cidadãos é constante e o seu potencial de causar danos é inegável. Somado ao fato de que o particular não pode fugir aos perigos de danos advindos da atividade estatal é que o instituto da responsabilidade civil do Estado ganha contornos específicos.

De acordo com o art 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e art 43, do Código Civil vigente, as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros. Vale ressaltar que a responsabilidade citada no artigo constitucional é extracontratual, pois o seu texto fala em terceiros, ou seja, indivíduos que não possuem relação jurídica contratual com o causador do dano.

Desse modo, quando o acidente de trânsito envolve veículo oficial do Estado, Gonçalves (2005, p.197) esclarece: “[...] está dispensada a prova de culpa do motorista da viatura oficial, pois o Estado responde pela indenização, independentemente de prova de culpa de seu agente.”.

Segundo essa concepção, o particular está dispensado de demonstrar a culpa do agente e cabe a ele provar o dano e o nexos causal entre o referido dano e não de omissão do agente público, pois, a responsabilidade do Estado, nesse caso, se fundamenta no risco administrativo, inexigindo prova de culpa do agente público que cometeu o dano.

A esse respeito Cretella Jr (1999, p.239) ressalta:

A não ser em casos raros, de culpa da vítima ou falha inesperada da máquina o acidente ocasionado pelos veículos públicos se reduz à culpa do agente público. Não obstante haja uma decisão ou outra em sentido contrário, isentando o Estado da obrigação de indenizar, a regra é no sentido de responsabilizar o poder público, patrimonialmente, pelos danos causados por veículos do serviço e particulares.

No entanto, parte da jurisprudência afirma que quando se trata de aplicar aos acidentes de trânsito a responsabilidade objetiva do Estado, entende não ser aplicável a responsabilidade objetiva, conforme decisão proferida pelo Rel. Maurício Vidigal, RT 645/113:

Não se aplica o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, quando se trata de colisão de veículos (TJSP – 6ª C. – Ap. Cív. – Rel. Vieira de Moraes – RT 509/41). [...] Em se tratando de acidente de veículos, é entendimento desta Câmara que não se aplica na hipótese a teoria do risco administrativo, devendo, em consequência, ser provada a culpa da Administração. (1 J TACSP – 5ª C. Ap. Cív. – Rel. Mauricio Vidigal – RT 645/113).

Porém, essa interpretação é minoritária e prevalece o entendimento, na opinião da maioria dos juristas que a Administração Pública responde independente de provar ou não a culpa pelos danos advindos de ação ou omissão de seus agentes que causarem a terceiros.

Essa decisão é pacífica, conforme decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal STF – ARE: 745642 de Goiás, relator Ministro Luiz Fux, julgada em 2013:

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR AGENTES PÚBLICOS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. A Administração Pública assume o risco e responde civilmente pelos danos por ventura causados injustamente a terceiros por seus agentes na realização de certa atividade administrativa. Assim, ausente a comprovação de uma das excludentes de sua responsabilidade objetiva, tal como a culpa exclusiva da vítima, é dever do Estado indenizar a vítima pelos danos sofridos em decorrência de acidente de trânsito. II – DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO DOS VALORES NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO. COMPROVAÇÃO. Impõe-se ao Estado a obrigação de ressarcir à vítima dos valores necessários ao tratamento, uma vez comprovado nos autos. III – DANOS MORAIS. OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS LEGAIS. MANUTENÇÃO. Apurados os danos morais, principalmente em decorrência dos abalos sofridos

pela vítima no acidente, mostrando-se o valor arbitrado em conformidade com o ordenamento jurídico e os princípios que norteiam a proporcionalidade e razoabilidade, impõe-se a sua manutenção. [...] APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.” 4. Agravo regimental DESPROVIDO. (STF - ARE: 745462 GO, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/09/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-197 DIVULG 04-10-2013 PUBLIC 07-10-2013)

A Administração Pública poderá arguir a culpa ou a inexistência da relação de causalidade, evidenciando que o acidente ocorreu em razão de culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Caso o Estado prove o alegado poderá exonerar-se total ou parcialmente da obrigação de indenizar. Caso existam conflitos ou falta de elucidação nas provas, haverá a obrigação de indenizar.

Nos casos em que couber a responsabilidade objetiva do Estado, este só deixará de responder diante da ausência de nexo entre seu comportamento e o dano causado, conforme explica Bandeira de Mello (2005, p.865), nesse caso “[...] exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele não existiu ou foi sem relevo decisão para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre.”

Percebe-se que a opinião dos doutrinadores é pacífica e que o Estado possui responsabilidade civil nos casos de acidentes de trânsito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema foi responsabilidade civil do Estado nos acidentes de trânsito com o objetivo de investigar a responsabilização do Estado por omissão nos acidentes de trânsito. Pode-se dizer que a hipótese principal foi respondida, uma vez que ficou evidente, a partir da leitura das doutrinas e jurisprudências que os entes estatais respondem civilmente em casos de lesões causadas por agentes ou concessionárias em virtude dos acidentes de trânsito, haja vista que presta serviço público em nome do Poder Público.

A garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos pelo Estado está prevista na CF/88 e elenca o direito à cidadania, à vida, integridade moral e física, à

privacidade, à identidade pessoal, direito à informática e muitos dos direitos de liberdade. Nos casos dos acidentes de trânsito, o Estado é responsável pela manutenção da vida, integridade física e moral dos cidadãos.

É visível o crescimento de veículos que circulam nas ruas e avenidas das cidades e com isto, também houve aumento nas ocorrências de acidentes de trânsito. A imprudência, imperícia, más condições de tráfego, dificuldade em cumprir a legislação vigente e ausência do Estado no que diz respeito a implementação de políticas urbanas que venham a normatizar, com maior rigor o trânsito são agravantes para que os acidentes aconteçam com maior frequência.

Embora o Estado tenha tentado adotar uma legislação mais rígida com relação aos acidentes de trânsito, as estatísticas estão sempre se elevando, vidas são interrompidas por meio desses acidentes. Desse modo, percebe-se que o Estado é omissivo, pois, de nada vale ter uma legislação rígida, se o Estado não está fazendo a sua parte, quer na manutenção das vias públicas ou na fiscalização dos infratores de trânsito.

Não se pode cobrar conscientização de motoristas e pedestres, se o Estado omissivo não oferece aos condutores educação para um trânsito seguro para todos. É evidente a obrigação do Estado nos acidentes de trânsito, já que a maioria é causada por motoristas infratores ou não fiscalizados adequadamente. Esse quadro pode ser amenizado quando as vítimas de acidentes de trânsito puderem recorrer ao judiciário a fim de que os danos sofridos sejam reparados.

Na contramão da problemática dos acidentes de trânsito existem agravantes que dificultam o trabalho de fiscalização, já que a maioria dos órgãos de trânsito e das próprias polícias, em geral, não possuem condições, físicas, materiais e humanas para aplicar a legislação de forma proficiente.

Vale ressaltar que as condições das vias públicas é fator relevante para a caracterização da responsabilidade civil do Estado. A jurisprudência é pacífica na questão da responsabilidade estatal quanto à questão estrutural das vias, como: falta de sinalização, presença de buracos ou imperfeições no asfalto, falhas nos projetos e outras situações que podem favorecer aos acidentes de trânsito, colocando em risco a vida dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Responsabilidade civil**. 20. Ed. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva 2005.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: 17 mai. 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 17 mai. 2019.

_____. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9503.htm>> Acesso em: 19 mai. 2019.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante n.º 25**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00000127&base=base Acordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00000127&base=base%20Acordaos). Acesso em: 19 mai. 2019.

_____.Supremo Tribunal Federal. **ARE: 745642/GO**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24244377/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-745462-go-stf>. Acesso em: 19 mai. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA RICA. **Convenção americana de direitos humanos – 1969 (Pacto de San José da Costa Rica)**. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>> Acesso em: 4 jun. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. 29. Ed. São Paulo: Saraiva 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. V.4. 20 ed. São Paulo, Saraiva: 2003.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19 Ed. São Paulo: Saraiva 2002.

SILVA, Gustavo Passarellida. A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após o advento do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4045>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

STOCO, R.. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 4. São Paulo: Atlas S/A, 2016.

[1] Graduada em Direito pela UFT, pós-graduada em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela UFT e Grandes Transformações do Direito Processual pela UNISUL, Professora na Faculdade Serra do Carmo - FASEC e na Faculdade de Palmas - FAPAL.

O COMUM E HABITUAL ABANDONO AFETIVO PATERNO: OS CONFLITOS JURISPRUDENCIAIS NA CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL

DAYELLE FONSECA CARVALHO:
Acadêmica de Direito da Faculdade Serra
do Carmo - TO

KARINE ALVES G. MOTA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: Hodiernamente o abandono afetivo paterno tornou-se fato comum, tal fato lesiona veementemente a criança, ocasionando abalos psicológicos e emocionais, o que pode influenciar de forma negativa em seu desenvolvimento e sua personalidade. O abandono afetivo, além de ser um ato irresponsável, fere ao princípio basilar de todos os direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana. São deveres basilares do direito de família, os deveres de proteção, cuidado, educação, respeito, dentre outros. Objetiva-se no presente trabalho mostrar os direitos decorrentes do poder familiar, quais danos podem ser causados à criança e como isso pode acarretar danos em sua fase adulta, demonstrando como o Judiciário vem tratando os pedidos de indenização por abandono afetivo. Neste artigo científico, foi utilizado o método analítico descritivo, por meio da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo; Dignidade Humana; Efeitos jurídicos.

ABSTRACT: Hence, parental affective abandonment has become a common fact. This fact strongly harms the child, causing psychological and emotional upsets, which can negatively influence his development and personality. The abandonment of affection, besides being an irresponsible act, hurts the basic principle of all rights, the principle of the dignity of the human person. The basic duties of family law, the duties of protection, care, education, respect, among others. The objective of the present study is to show the rights deriving from family power, what damages can be caused to the child and how this can cause damages in their adult phase, demonstrating how the Judiciary has been treating the requests for compensation

for affective abandonment. In this scientific article, the descriptive analytical method was used, through bibliographic research.

KEYWORDS: Affective abandonment; Humandignity; Legal effects.

1. INTRODUÇÃO

Ainda não existe nenhuma legislação vigente que trate especificamente sobre o abandono afetivo (paterno), por isso torna-se precípua a discussão acerca de um assunto que parece estar cada vez mais recorrente nas famílias atuais, pois, a discussão gera a reflexão por parte da sociedade, dos pais, do Legislativo e Judiciário, a quem cabe em último caso dizer o direito da criança ou adolescente que sofre com o abandono afetivo.

A luz da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar de todo ordenamento jurídico pátrio buscou-se o embasamento necessário a fim de introduzir o presente tema. Tal princípio traz a ideia de respeito a todos os direitos do ser humano e ao ser humano em si, antes mesmo dele obter direitos, na concepção familiar. O Direito de Família trata a Dignidade Humana como valor jurídico digno de tutela e é nesse sentido, que a Constituição Federal Brasileira privilegia a afetividade como valor jurídico, devendo ser resguardado assim como os deveres de cuidado, proteção, educação, entre outros, importantes ao desenvolvimento de todo ser humano. Ainda que as normas não tratem o amor como um dever, a afetividade é uma responsabilidade moral dos pais em apoiar efetivamente seus filhos, que deve auxiliar e nortear o ordenamento jurídico em uma nova visão sobre a responsabilidade civil afetiva.

A problemática da atual pesquisa consiste em indagar se há pacificação da doutrina e jurisprudência sobre a caracterização de dano moral decorrente de abandono afetivo. Com base no julgamento do caso Alexandre Fortes, após o Superior Tribunal de Justiça se posicionar sobre a não caracterização de dano moral decorrente de abandono afetivo, a questão ora discutida é pacífica?

Com isso, a discussão acerca do abandono afetivo paterno tem por objetivo geral a análise sobre a importância do dever de afeto, apoio, cuidado e educação para com a criança e/ou adolescente e os direitos lesionados por esse abandono. Mais especificamente, evidenciar as consequências jurídicas que a criança

abandonada afetivamente pode sofrer, evidenciar o posicionamento doutrinário sobre o tema e abordar o conflito jurisprudencial na caracterização do dano moral e a devida indenização.

Neste artigo científico, foi utilizado o método analítico descritivo, por meio da pesquisa bibliográfica afim de estabelecer um paralelo do que diz a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, utilizando como base, essencialmente, a Constituição Federal, por ser a maior Lei em vigência no País, posicionamentos jurisprudenciais, artigos e matérias relacionadas ao tema, legislação atinente ao Direito de Família e artigos e matérias relacionadas ao tema.

Além dessa breve introdução ao tema, este artigo está organizado em mais três principais seções. Na primeira, intitulada de deveres decorrentes do poder familiar, foram expostos o atual conceito constitucional de família, a nova visão sistemática de família e os princípios que passam a reger os indivíduos integrantes de uma família, ambos igualmente importantes. Na segunda seção, denominada de os deveres para com o desenvolvimento dos filhos, foram evidenciados os específicos deveres de pais para com os filhos, desde os deveres físicos, como o da alimentação e cuidado, quanto os deveres voltados a um crescimento e amadurecimento saudável dessa criança, como o dever de afeto e de apoio, bem como evidenciar, como base na área psicológica, o que a falta de cumprimento desses deveres podem ocasionar na vida adulta dessa criança. Por fim, na terceira seção, nomeada como consequências jurídicas do abandono afetivo, tratou-se sobre a pacificação da doutrina no sentido de o abandono afetivo ser um ato ilícito e portanto, indenizável, contudo, não partindo do mesmo sentido a doutrina, que conflita desde os Tribunais Estaduais até nos Tribunais Superiores pelo tema.

1. DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR

Rizzardo (2019) Inicialmente, antes de definir um conceito único de poder familiar, faz uma abordagem da concepção tradicional e da concepção atual do que seria o poder familiar. Delimitando a concepção Tradicional, definiu-a como sendo o poder conferido ao pai para dispor da vida e morte do seu filho e de todos os seus dependentes. Explicou ainda, como era um pátrio-poder, todos os princípios voltados para a relação paternal eram oriundos desse poder absoluto, uma vez que o Estado não podia limitar os poderes do pai perante sua família.

Na concepção atual, o aludido autor coloca o caráter público que foi agregado ao poder familiar. Segue o autor dizendo que o poder imperativo desaparece e o ônus é dado de forma igualitária aos pais, deixando de ser uma autoridade e passando a ser um encargo de ambos. Em outras palavras, o poder familiar passou a ser exercido pelos pais em favor do beneficiado e não em benefício próprio, pois passaram a ser sujeitos dotados de direitos e deveres com o advento do Código Civil de 1916. Ramos (2016) além de abordar as mesmas concepções, definiu o poder familiar:

Na atualidade, a concepção do poder familiar é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando a sua educação e criação de forma participativa, com respeito a sua individualidade e integridade biopsíquica, e, sobretudo, pautada no afeto. Nessa moderna concepção, a responsabilidade parental sem o concomitante contato entre pais e filhos estaria esvaziada da sua principal função de promoção do desenvolvimento da personalidade do filho com amor, carinho e participação, pois é pelo convívio que floresce o amor, que se trocam experiências, se fortalecem os vínculos parentais e se edifica a personalidade do filho. (RAMOS, 2016. pág. 43)

Com o advento desse caráter público na regulação do poder familiar, a Constituição Federal de 1988 trouxe um rol de Direitos das crianças e adolescentes, logo após a lei 8.069/90 e Código Civil de 2002, ambos, além de versarem sobre os deveres inerentes ao exercício do poder familiar, dispõe sobre a titularidade do poder familiar, quem pode exercê-lo, quais os casos em que há perda, suspensão ou extinção do poder familiar. Além de se revelar como um dever legal, suas principais características são a irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

Na Constituição atual, os deveres estão expressos nos seguintes artigos: no art. 226, A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, no art. 227 que dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao

respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) e o art. 229, no qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que trata de toda a proteção voltadas aos menores de idade, elenca diversos deveres da família e da sociedade, entre outros, merecem destaque os seguintes artigos, no art. 3º, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. No art. 4º, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Já no art. 5º, nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. E por fim, no art. 18-A, a criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

No mesmo entendimento, o Código Civil de 2002, além de dispor sobre a família como um todo, impõe a guarda dos direitos do nascituro, impondo aos pais o dever de alimento e saúde desde a sua concepção. Trata ainda da igualdade entre os pais e não menos importante, o dever de reconhecimento dos filhos, ainda que havidos fora do casamento. Quanto ao poder familiar, o Código Civil dispõe no art. 1.630 que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. No art. 1.631 dispõe-se que durante o casamento e a união estável, compete o poder

familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade, abarcando o parágrafo único que divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. Já no art. 1.632, A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Não menos importante é o art. 1.633, que dispõe: o filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor. Importantíssimos são os deveres trazidos pelo art. 1.634, Competindo a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nesse ínterim, alguns doutrinadores definem alguns desses deveres, Dias (2006), por exemplo, descreve bem o dever de afeto:

O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem omitir-lhes o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. [...] Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor

e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida". (DIAS, 2006. p. 106).

Madaleno (2018) precisou o dever familiar de promover a dignidade humana e elencou seu nascedouro

A grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional. (MADALENO, 2018. p. 48)

No mesmo entendimento, o autor supra mencionado expôs o dever de cuidado e proteção e como esse dever nasceu

A proteção especial da criança tem sua semente na Declaração dos Direitos da Criança proclamada em 1959, quando expôs no seu segundo *princípio*, gozar o infante desta proteção especial, devendo ser-lhe dadas oportunidades e facilidades legais e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social em um ambiente saudável e normal, e em condições de liberdade e dignidade, e reafirmado no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas, ou órgãos legislativos, terão preferencialmente em conta o interesse superior da criança. Inquestionável que a falta de maturidade física e intelectual da criança a coloca em situação especial de integral proteção na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana ainda em fase de desenvolvimento e, estando a criança e o adolescente nesta

condição especial de maior vulnerabilidade é natural que seja destinatária de um regime especial de salvaguardas, cujas garantias são necessárias para a construção de sua integral potencialidade como pessoa. Dotados de direitos especiais, têm as crianças e adolescentes, por sua exposição e fragilidade, prioridade em sua proteção, como fato natural dessa etapa de suas vidas, quer fiquem expostas por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por abuso dos pais ou responsáveis. (MADALENO, 2018. p. 48)

Dada as premissas Constitucionais, legais e estatutárias, a que está mais em questão atualmente, é o dever alimentar. Mesmo com todos esse arcabouço jurídico, foi editada em 2008 a lei de alimentos, visando esta, uma maior efetivação do dever alimentício bem como a responsabilidade civil em caso de descumprimento. Rizzardo (2019) balizou o conceito do dever alimentar

Concerne a obrigação alimentar à própria vida e à subsistência das pessoas. Daí afirmar Carlos Alberto Bittar, em lição sempre perene: "Relacionada ao direito à vida e no aspecto da subsistência, a obrigação alimentar é um dos principais efeitos que decorrem da relação de parentesco. Trata-se de dever, imposto por lei aos parentes, de auxiliar-se mutuamente em necessidades derivadas de contingências desfavoráveis da existência. Fundada na moral (ideia da solidariedade familiar) e oriunda da esquematização romana (no denominado officium pietatis), a obrigação alimentar interliga parentes necessitados e capacitados na satisfação de exigências mínimas de subsistência digna, incluindo-se, em seu contexto, não só filhos, mas também pessoas outras do círculo familiar. Integra, portanto, as relações de parentesco em geral, incluída a de filiação, havida ou não de casamento, e tanto sob o aspecto natural, ou biológico, como civil (famílias natural e substitutiva, Lei nº 8.069/90, arts. 25 e segs. e 28 e segs). (RIZZARDO, 2019. Pág. 661).

Tratando do dever de prestar alimentos, Madaleno (2018) por outro lado, destaca uma diferença importante

Entretanto, ao contrário do dever alimentar, a obrigação alimentar não está vinculada ao poder familiar, mas unicamente à relação de parentesco, como estabelece o artigo 1.696 do Código Civil, ao ordenar ser o direito à prestação de alimentos recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes.

São características inerentes ao dever alimentício, entre outros, o direito personalíssimo do alimentando, a transmissibilidade da obrigação de prestar os alimentos aos herdeiros do devedor, a condicionalidade do dever em forma do binômio necessidade x possibilidade, imprescritibilidade do dever alimentar, irrepetibilidade dos valores pagos ou em duplicidade, impenhorabilidade dos valores devidos e irrenunciabilidade desse direito vital a dignidade humana.

2. OS DEVERES PARA COM O DESENVOLVIMENTO DOS FILHOS

O conceito de família, ao longo dos anos, vem passando por várias mudanças significativas e importantes, partindo de uma ideia patriarcal e indo para um conceito voltado ao vínculo familiar formado pela afetividade. A família deve oferecer, além de abrigo, alimento e convivência coletiva, os ensinamentos morais e éticos que formarão a base do indivíduo para a vida adulta. Sampaio (2017) evidencia de forma brilhante que as lições aprendidas no seio familiar moldarão ainda a sua personalidade, sua forma de agir, suas crenças, seus sonhos, a forma de tratamento para com os demais membros da sociedade, mostrando a importância do papel do pai e da mãe, líderes do núcleo familiar, na construção do caráter de cada um. A função dos pais é de natureza fundamental, auxiliando no desenvolvimento biológico, psíquico e emocional de seus descendentes através do zelo, do cuidado, do afeto e de garantir que o novo indivíduo possua um ambiente favorável para o seu crescimento, promovendo sua subsistência, educação, saúde, moradia e proteção até que este seja capaz de promover sua individualidade e sobreviver sozinho.

Tais conceitos e interpretações se tornaram evidentes após a Constituição cidadã do Brasil, que já em 1988 trouxe em seu texto, o poder familiar, os deveres dos pais, da sociedade e da escola na preservação e desenvolvimento da família, tornando-se mais forte com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual foi

desenvolvido para a proteção dos filhos menores e um importante instrumento no reconhecimento da vulnerabilidade desses autores.

Nas palavras da Psicóloga Padre (2009) o afeto é um princípio da autoestima, sendo a família, a responsável pela compensação afetiva e afirmação de identidade, afirmando

A falta de afeto dos pais pode gerar nos filhos quando maiores comportamentos de rebeldia e agressividade. Quando os pais demonstram afeto, isso influencia o desenvolvimento intelectual, considerado pelos componentes cognitivo e afetivo, que define a auto-estima e motiva a pessoa a aprender. (PADRE, 2009)

A importância do afeto é evidenciada ainda por Sampaio (2017) ao explicar que a privação de carinho e cuidado paterno, diante do menor em desenvolvimento, prejudica a criação de sua personalidade bem como traz, transtornos psicológicos irreparáveis, dentre eles a depressão, fobias, ansiedade generalizada, pouca expressividade, entre outras. Esses desequilíbrios traumáticos são danos psíquicos causados pela consequência da negligência de um responsável familiar perante o menor.

O dever de cuidado é importante, destacando Waldow (2006), porque cuidar de uma pessoa em sentido maior é ajudá-la a crescer e se realizar. Não se resumindo a um sentimento isolado ou relacionamento temporário, nem mesmo um cuidar de alguém, eventualmente, o cuidado envolve desenvolvimento e crescimento em confiança mútua, provocando uma profunda e qualificativa transformação no relacionamento. É ajudar o outro crescer e se realizar. Para a autora, o cuidado, além de ser um elemento essencial no acolhimento da criança, deve estar presente nas influências ambientais, sociais e culturais dos acolhidos. No mesmo sentido, Gillian (2006), concluiu que o dever de cuidado se manifesta de forma ética, definindo como ética do cuidado a ação concentrada mais no caráter do indivíduo do que no seu comportamento, ou seja, para a autora o cuidado é importante pois se demonstra como um traço de caráter de alguém que se importa e se preocupa com suas relações.

Em pesquisa realizada por Alves, Alencar e Ortega (2012), foram estudadas crianças de 6 e 9 anos com o objetivo de investigar a influência do amor em suas

relações. Como resultado da pesquisa, a partir dessa relevância dos relacionamentos pais e filhos, de ações com amor e ações de amor para com outrem, observou-se que nós refletimos sobre a influência da família e da escola na estimulação dessas vivências e com isso, incentivamos práticas mais virtuosas. Puderam verificar ainda, como resultado, que as crianças consideram importantes, especialmente, no amor por determinada pessoa, as ações com amor e ações de amor para com as outras pessoas.

A principal justificativa para a escolha do exemplo de amor mais importante foi devido à consequência positiva para si próprio que o exemplo proporcionaria. Tal pesquisa se mostra relevante pois a criança que se sente amada consegue se relacionar melhor com o si mesmo e com o outro, não se sentindo abandonado afetivamente, em outras palavras, quando os pais ajudam os filhos na busca da solução dos problemas, do respeito ao outro, na identificação da responsabilização dos seus atos, no aprendizado com o fracasso e da comemoração com a vitória, respeitando a opinião do filho, desde pequeno, faz com que ele cresça se sentindo amado e completo afetivamente.

Em conformidade com o expresso no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Sousa (2012) afirma que é sábia essa norma por pensar que os pais são os principais educadores de seus filhos e isso se dá porque existe uma relação natural entre paternidade e educação. Disciplinando que a paternidade consiste em transmitir a vida a um novo ser, definiu a educação como uma ajuda a cada filho a crescer como pessoa, o que implica em proporcionar-lhes meios para adquirir e desenvolver as virtudes, tais como a sinceridade, a generosidade, a obediência, honestidade, lealdade, amizade, bondade, solidariedade, dentre muitas outras. Para a supramencionada autora

Dentro da família, os pais são os maiores responsáveis pelos seus filhos e sempre respondem por seus herdeiros, pelo menos até atingirem a maioridade. Todavia, no período anterior à maioridade, os filhos já passam por diversas experiências e responsabilidades, principalmente no período escolar. Neste período, a participação constante dos pais e o acompanhamento intensivo do ensino de seu filho são imprescindíveis para que a educação atinja os objetivos. A família e a escola têm um papel muito importante no desenvolvimento mental, psicomotor, social e afetivo do ser humano. Se a criança recebe uma boa educação obviamente

será bem sucedida e vai servir de apoio à sua criatividade e ao seu comportamento produtivo quando adulto, nesse contexto a família é a influência mais poderosa para o desenvolvimento da personalidade e do caráter do cidadão.(SOUSA, 2012. p.11)

Já em relação a ótica jurídica, Madaleno (2018) aborda a dignidade da pessoa humana como um dever a ser assegurado pelo Estado na forma dos Direitos Fundamentais. Por ser tal princípio fundante da República, é um objetivo do Estado a construção uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, elucidando que a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.

O direito de Família, segundo a doutrina majoritária, tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e com isso, promove uma ligação com todas as outras normas, como por exemplo, os direitos humanos e os direitos da criança e do adolescente, configurando-se com um único sistema que objetiva assegurar na comunhão plena de vida e não só dos cônjuges ou dos unidos de forma estável, que cada integrante da sociedade familiar seja tratado como individualmente importante. No atual ordenamento pátrio é natural que as crianças e adolescente sejam destinatárias de um regime especial de salvaguardas, dada a sua incapacidade de viverem e se proverem sozinhos, pois as garantias são necessárias para a construção da integral proteção e cuidado como pessoa vulnerável que são. Para Madaleno (2018), a importância desses deveres e sua proteção no campo legal é de especial guarda pois

A vulnerabilidade dos infantes é decorrência natural da dependência que eles têm dos adultos, pois podem ser pacientes das mais variadas formas de agressão, assim como vítimas de uma violência corporal ou sexual, ou de abandono físico, psicológico, afetivo ou material. Qualquer ofensa à integridade física ou psíquica do infante converte a sua vida em um emaranhado de consequências devastadoras. Por isso que ao menor abalo à sua integridade física, psicológica ou

financeira, a ameaça precisa ser pronta e prioritariamente neutralizada, e essa proteção depende da atividade dos adultos e de seus responsáveis diretos, pais, tutores e representantes, para que os menores cresçam sem temores, sem percalços e conquistem no devido tempo seus próprios mecanismos de defesa e de sobrevivência, e desse modo possam gerar paulatinamente a sua independência, em conformidade com os seus níveis de autodeterminação, que vão mudando de acordo com o avanço de sua idade, e assim desenvolver sua personalidade, adquirir confiança, autoestima, e se colocar a salvo das sequelas causadas pela insensibilidade dos adultos. (MADALENO,2018. p. 56)

Todas essas condutas voltadas à proteção da criança refletem o princípio da solidariedade familiar, que nas palavras de Maria Berenice Dias (2006. p. 56), pode ser traduzido como um dever de socorro espiritual e de assistência material, atribuindo primeiramente à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, e assim sucede por ser a família o núcleo primeiro de proteção, não devendo a sociedade se esquivar dessa obrigação e tampouco o Estado, mesmo porque vale lembrar ser a família a base da sociedade, merecendo a proteção do Estado. Seria impensável pudessem os cidadãos em formação ser relegados ao abandono e jogados à própria sorte, não permeasse como direito fundamental o princípio da solidariedade.

3. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO FAMILIAR

Tendo em vista que o primeiro contato, com o mundo externo da criança, são os pais, esses são os maiores responsáveis por todo o cuidado, alimentação e proteção do menor até que ele tenha condições de viver confortavelmente sozinho. Quando todos os deveres decorrentes do poder familiar não são cumpridos há, tanto um prejuízo psicológico e ético para o menor, quanto um prejuízo legal, no qual responderão os pais pelos danos causados aos filhos. No Brasil não há uma legislação específica sobre a indenização voltada a ruptura do âmbito familiar, mas que também não há uma proibição, destacando Venosa (2018) que o dano moral decorrente de uma falta positiva dos pais na vida dos filhos é evidente, mas que a indenização nunca restabelecerá o tempo ou o amor perdido, concluindo assim,

pela dificuldade em se definir um quantum indenizatório reparador dada as relações familiares complexas.

A primeira ação de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo no Brasil ficou conhecida como o caso Alexandre Fortes, no qual o pai de Alexandre foi condenado, pela Justiça Mineira, a pagar 200 salários mínimos ao filho por não ter lhe dado carinho, apoio moral e atenção, ainda que feitas inúmeras tentativas de reaproximação por parte do filho. O Superior Tribunal de Justiça à época, no julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3), reformou a sentença por entender que não se deve obrigar os pais a amarem os seus filhos. Entretanto, posteriormente, o Tribunal Superior se posicionou de forma que amar é faculdade, contudo o cuidar é dever, em conformidade com o art. 1.634 do Código Civil e art. 229 da Carta Magna. Atualmente, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem entendimento discordante quanto a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo.

Conforme o REsp 1087561 / RS, julgado pela 4ª turma em 13/06/2017, o Ministro Raul Araújo relatou que o descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002, sendo assim, estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. De outra forma, no julgamento do REsp 1579021 / RS, julgado também pela 4ª turma em 19/10/2017, a Ministra Maria Isabel Gallotti relatou que o dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Contudo é assente no Superior Tribunal de Justiça que, não é possível falar em abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade e se esta for conhecida desde sempre, o prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioridade do autor.

Nos julgamentos dos Tribunais estaduais, Tartuce (2018, p. 909-914) de igual modo, traz e evidencia que há conflito nesses casos, como no Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação 0006195-03.2014.8.26.0360, julgada em 2016 pela Relatora Des. J. B. Paula Lima, a qual relatou que há necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexos de causalidade para a caracterização do dano moral, não sendo suficiente a alegação genérica não amparada em elementos de prova. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível 1.0647.15.013215-5/001 e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível 0048476-69.2017.8.21.7000, ambas julgada em 2017, houve indeferimento do pedido de dano moral por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do CC, que pressupõe prática de ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação e a pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito, devendo haver beligerância entre os genitores, respectivamente.

De outro modo, Tartuce (2018) se posiciona alegando que não deve haver divergência alguma na caracterização do ato ilícito por abandono afetivo, dado que o desrespeito ao dever de convivência é muito claro, pois o Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Segue o autor dizendo que o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, sendo assim, violado esse dever e sendo causado o dano, estar-se-á configurado o ato ilícito, nos exatos termos do que estabelece o art. 186 do Código Civil em vigor.

Foram aprovados enunciados pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, que dispõe sobre o abandono afetivo, como o Enunciado 08, que dispõe: "O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado" e o Enunciado 10, dispondo que: "É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos". Com isso, tratou-se tanto da indenização por abandono afetivo, quanto o abandono afetivo chamado de "inverso", em que os pais, devido ao abandono dos filhos, devem ser indenizados.

Posto isso, é visível que o abandono afetivo gera dano moral indenizável, por se tratar de um dano que repercute até o fim da vida de alguém. Ainda que haja

um conflito de requisitos necessários a configuração de um dever indenizatório por parte dos genitores ou de um genitor, um ser humano que não foi provido emocionalmente, que não obteve a sua dignidade humana e os ensinamentos e experiências necessárias ao seu crescimento e amadurecimento, tem o direito de ser ressarcido por tal abandono. Não porque o dinheiro restaurará o afeto perdido ao longo do tempo, mas para que o causador do dano arque com seus atos negligentes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o contexto, o poder familiar, por ser um dever irrenunciável, inalienável e imprescritível, é um dever familiar que deve ser cumprido por quem a lei determina, ou seja, os pais e toda a família. Tais deveres são importantes porque determinam, entre outras coisas, um crescimento saudável físico e emocionalmente saudável, além de fortalecer a criança até que ela possa viver bem e independentemente sozinha.

Quando não há o devido cumprimento do dever de alimentar, cuidar e proteger aos filhos, os efeitos são desastrosos, primeiramente porque na falta de afetividade, as crianças crescem vulneráveis e não sentem crença em si próprias, secundamente, porque resulta em sentimentos de abandono e desprezo que impactam por toda a sua vida.

O campo doutrinário é pacífico sobre a violação moral que ocorre nos casos de abandono afetivo, entretanto, a jurisprudência têm conflitado sobre os requisitos necessários para que seja caracterizado esse dano, em outras palavras, se esse dano é presumido ou não. Com base na psicologia, após uma análise dos danos, são emitidos laudos que atestam o grau de dano emocional de alguém, devendo seguir nesse sentido, os que entendem não haver dano, devendo esses Tribunais decidir de forma técnica.

Por ser tão importante a proteção e salvaguarda dos direitos inerentes a criança e ao adolescentes, pessoas em formação psicossocial, o Estado tutela e pune quem não cumpre os deveres inerentes ao poder familiar, punindo por exemplo, o abandono afetivo familiar, indenizando a vítima pelo seu dano moral e em alguns casos, a perda de uma chance de convivência. É importante ressaltar que jamais será reparado um sentimento de abandono ou de falta de afeto com o valor

indenizatório, contudo, a reparação imposta serve para demonstrar que o cuidado e o afeto aos filhos não são opcionais, são uma obrigação legal e Constitucional.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, Ariadne Dettmann; ALENCAR, Heloisa Moulin de; ORTEGA, Antonio Carlos. Exemplos sobre a importância do amor: estudo com crianças no contexto da moralidade. **Temas psicol.**, Ribeirão Preto , v. 20, n. 1, p. 261-272, jun. 2012 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2012000100019>. Acesso em 10 abr. 2019.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05/04/2019.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no REsp 1087561 - RS** (RECURSO ESPECIAL 2008/0201328-0). Relator: Ministro RAUL ARAÚJO . Rio Grande do Sul, 13 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ABANDONO+AFETIVO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1579021 - RS** (RECURSO ESPECIAL 2016/0011196-8). Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Rio Grande do Sul, 19 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ABANDONO+AFETIVO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01/05/2019.

MADALENO, Rolf Direito de família / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família / Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo Direitos de Família / Arnaldo Rizzardo. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SOUSA, Jacqueline pereira de. a importância da família no processo de desenvolvimento da aprendizagem da criança. 2012. Disponível em: <https://apeoc.org.br/extra/artigos_cientificos/A_IMPORTANCIA_DA_FAMILIA_NO_PROCESSO_DE_DESENVOLVIMENTO_DA_APRENDIZAGEM_DA_CRIANCA.pdf>. Acesso em 10/04/2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 3. Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PADRE, Natália Del. Afetividade e convivência são essenciais para os filhos. Jornal Folha de Londrina. Santo Antônio da Platina - PR. Edição em 01/05/2009. Disponível em: <<https://www.bonde.com.br/comportamento/familia/afetividade-e-convivencia-sao-essenciaispara-os-filhos-109715.html>>. acesso em 07/04/2019.

SAMPAIO. Lucas Leal. O reconhecimento do cuidado como valor jurídico e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. **REVISTA DE FILOSOFIA DO DIREITO, DO ESTADO E DA SOCIEDADE**. 2017. Disponível em: <[file:///C:/Users/Kelly%20Cristina/Downloads/311-Texto%20do%20artigo-630-1-10-20171230%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Kelly%20Cristina/Downloads/311-Texto%20do%20artigo-630-1-10-20171230%20(1).pdf)>. Acesso em 20/04/2019.

TARTUCE, Flávio Manual de responsabilidade civil : volume único / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo Direito civil: obrigações e responsabilidade civil / Sílvio de Salvo Venosa. – 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. (Coleção Direito Civil; 2)

WALDOW, Vera Regina. **Cuidar**: expressão humanizadora da enfermagem. Petrópolis:

Vozes, 2006.

[1]Karine Alves G. Mota. Formação e titulação.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DOS ADOLESCENTES INFRATORES ANALISANDO O CONCEITO DE VULNERABILIDADE

MARINA OLIVEIRA DE SOUZA CERQUEIRA:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO^[1]

RESUMO :O presente trabalho versa sobre as políticas públicas que auxiliam a ressocialização dos jovens infratores, fazendo uma análise a partir da vulnerabilidade dos mesmo, neste trabalho foi possível compreender a importância das políticas públicas para a ressocialização dos adolescentes infratores a partir de dados oficiais e materiais já existentes, buscando atribuir significados para explicação da dinâmica das relações sociais e institucionais nesse contexto, Em um primeiro momento, faz-se um resgate histórico da evolução dos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, que passaram de meros objetos a sujeitos de direitos e obrigações, Em seguida, é realizada a análise do sistema socioeducativo brasileiro. Por fim, analisa-se a efetividade das políticas públicas para a ressocialização dos adolescentes infratores a partir do conceito de vulnerabilidade. Os resultados encontrados demonstram a inefetividade das políticas públicas para a ressocialização dos adolescentes infratores, o que provoca impacto direto na situação de vulnerabilidade destes indivíduos. Os resultados encontrados indicam que as políticas públicas voltadas às crianças e aos adolescentes estão falhando significadamente.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas Socioeducativas. Políticas Públicas. Vulnerabilidade.

ABSTRACT: The present paper deals with the public politics that underpin the resocialization of young offenders, making an analysis based on their vulnerability, in this paper it was possible to understand the importance of public policies for the resocialization of juvenile offenders from official and material data already in order to explain the dynamics of social and institutional relations in this context. At the outset, there is a historical rescue of the evolution of the rights and guarantees of children and adolescents, who have gone from mere objects to subjects of rights and After that, the analysis of the Brazilian socio-educational system is carried out. Finally, the effectiveness of public politics for the resocialization of juvenile offenders is analyzed based on the concept of vulnerability. The results show the

ineffectiveness of public policies for the resocialization of juvenile offenders, which has a direct impact on the vulnerability of these individuals. The results indicate that public policies aimed at children and adolescents are failing significantly.

KEYWORDS: Measure Educational. Public Politics. Vulnerability.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho estuda as políticas públicas para a ressocialização dos adolescentes infratores, analisando a sua efetividade e a sua influência na sociedade, a partir da análise do conceito de vulnerabilidade, com vistas a discutir o papel do Estado no processo de ressocialização do adolescente infrator e sua devida reinserção social.

Políticas públicas são a soma das ações dos governos, que agem diretamente ou por meio de delegações, produzindo efeitos que influenciam as vidas dos cidadãos. O Estado assumiu, na Constituição Federal de 1988, a responsabilidade de proporcionar as condições básicas para efetivação de uma qualidade de vida digna aos seus cidadãos, por meio da implantação de políticas públicas. Logo, nota-se que o Estado possui grande responsabilidade na organização e formação da sociedade.

Dessa forma, quais seriam as influências e os riscos que a ausência ou a execução inadequada das políticas públicas para a ressocialização dos adolescentes infratores podem gerar para o agravamento dos fatores criminológicos, influenciando na culpabilidade do desviante e impedindo sua adequada reinserção social?

Analisa-se a efetividade das políticas públicas para a ressocialização dos adolescentes infratores previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro e identificar a parcela de responsabilidade do Estado no que se refere à dificuldade de reinserção social do adolescente infrator, a partir do conceito de vulnerabilidade.

Visando alcançar os objetivos propostos para este estudo, este trabalho vai se estruturar em três partes: na primeira é apresentado o percurso histórico dos direitos da criança e do adolescente no Brasil a, indicará, em cada uma delas, a evolução das doutrinas e dos dispositivos legais que trataram destes indivíduos; na

sequência, o marco conceitual de vulnerabilidade, as instituições e políticas que visam a proteção integral das crianças e dos adolescentes, e a situação do sistema socioeducativo; e no terceiro momento, a efetividade das políticas públicas aplicadas para a ressocialização dos adolescentes infratores, apontando as suas consequências e a sua relação com a situação de vulnerabilidade destes indivíduos, juntamente com uma pesquisa documental para verificar a reincidência destes jovens, se de fato a ausência de políticas públicas influenciam no desvio de conduta.

2 PERCURSO HISTÓRICO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

NO BRASIL

Os direitos das crianças e dos adolescentes sofreram significativas transformações ao longo do tempo até chegarmos à política de proteção integral atual, que tem como base a Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Nele estão previstos os tratamentos especiais, a fim de assegurar o seu desenvolvimento saudável e seguro.

Até alcançar este tratamento especial, a legislação brasileira passou por um longo processo de desenvolvimento, foram adotadas práticas perversas contra os menores, principalmente aqueles marginalizados pela sociedade.

Essa evolução é resultado de uma penosa caminhada de lutas, este percurso até atingir o modelo atual, pode ser dividido em três etapas, cada uma com suas características, sendo elas as etapas: Penal Indiferenciada, Tutelar e Garantista. Cada um destas com formas diferentes de lidar com o menor, sejam elas por não ponderarem as consequências que seus tratamentos causariam à sociedade, seja porque entendiam ser o correto à época vivida.

2.1 ETAPA TUTELAR

A etapa tutelar se deu após a criação do primeiro Tribunal de Menores nos Estados Unidos, em 1899, iniciou-se um grande movimento, em diversos países ao redor do mundo, para que estes também criassem seus Tribunais de Menores. Como resultado deste movimento, o Estado brasileiro criou seu primeiro Juizado de Menores em 1923, e, instituiu o seu primeiro Código de Menores em 1927 aonde Estado intervia internando diversas crianças e adolescentes de forma discricionária.

Segundo Sposato (2006, p.43), essa etapa se pautava no princípio da situação irregular para implantar mecanismos de controle social, e os Códigos de Menores em 1927 e 1979, serviu de base para essa etapa.^[1]

2.1.1. Código de Menores de 1927 – Código Mello Matos

O Código de Menores de 1927 foi idealizado pelo jurista brasileiro José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, primeiro Juiz da Infância e Juventude do Brasil, e, por isso, também ficou conhecido como Código Mello Mattos. Foi instituído pelo Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, e possuía 231 artigos em seu corpo.

Conforme Sposato (2006) Esse Código implementou medidas específicas para menores de 18 anos. Fixou a inimputabilidade para menores de 14 anos, ou seja, estes não seriam submetidos a nenhuma espécie de processo penal. Por outro lado, incidia-se a responsabilidade penal sob os adolescentes entre 14 e 18 anos, quando reconhecidos como delinquentes, entretanto, eram submetidos a um processo especial. ^[2]

Nesse sentido, segundo Sposato, apesar da natureza conservadora do Código, há de se admitir que ele representou um avanço no processo da conquista de visibilidade das crianças e adolescentes, pois foram instituídas assistência e tutela jurídica do Estado. Importante ressaltar, ainda, que o Códigode Menores de 1927, em seu artigo 101, vedou o trabalho infantil, e que só seria permitido aos maiores de 14 anos de idade, desde que estes tivessem concluído o ensino primário. Esta vedação pode ser vista como um avanço nos direitos e proteção dos menores.^[3]

2.1.2. Código de Menores de 1979

O Código de Menores de 1979 foi instituído pela Lei nº 6.697 de 1979, em um período de preocupação com o encarceramento de crianças e adolescentes juntamente com adultos que praticaram diversos tipos de atos infracionais. De acordo com Sposato (2006), em consequência deste receio, pouco antes da criação do novo Código, em 1963, foram criadas instituições para o Recolhimento Provisório de Menores (RPM). Subsequentemente, em 1964, foi criada a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (FUNABEM), e, posteriormente as suas

ramificações estaduais e municipais, Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (FEBEM).

Diferentemente do primeiro código, o segundo nascia com o objetivo de controle social. O primeiro tratava do menor abandonado e do menor delinquente, enquanto o outro vem tratar do menor em situação irregular, que pelo simples fato de ser exposto a algum tipo de vulnerabilidade, já poderia ser objeto de medidas judiciais.

2.3 ETAPA GARANTISTA

A etapa Garantista teve [4] [MG5] [MG6] seu início após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e segue até os dias atuais. De acordo com Saraiva (2013), essa etapa substituiu antiga trouxe a criança e o adolescente para uma condição de sujeitos de direitos, titulares de direitos e obrigações próprios de sua singular condição de pessoa em desenvolvimento. Todo o sistema de garantias construído pelo ordenamento jurídico passa a ser estendido à criança e ao adolescente, inclusive quando é atribuída a prática de uma conduta infracional.

A partir dessa etapa, diversos dispositivos legais foram criados visando garantir os direitos das crianças e dos adolescentes, buscando sua proteção e bem-estar. Entre estes dispositivos, destacam-se, a própria Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e o Estatuto da Juventude, que estabeleceram a previsão de várias políticas públicas voltadas às crianças e aos adolescentes.

2.3.1. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 veio como resultado do processo de redemocratização do Brasil, após o longo período vivido de ditadura militar (1964-1985). Os ares da redemocratização começaram a introduzir modificações significativas no ordenamento jurídico brasileiro. Declara-se a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações, promove as crianças e os adolescentes à condição de sujeitos de direitos, entre outros avanços sociais.

No que tange os direitos da criança e do adolescente, a Constituição traz, em seu texto, dispositivos importantes para que seja possibilitada a instituição da

política de proteção integral do adolescente, em face da situação irregular. Podemos destacar os artigos 203, 204, 227 e 228.

O artigo 203 garante o amparo às crianças e adolescentes carentes através da assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social. Complementarmente, o artigo 204 determina que essa assistência deverá seguir duas diretrizes fundamentais: a descentralização político-administrativa, e a participação popular mediante organizações representativas.

Por sua vez, o artigo 227, de maneira geral, institui diversas garantias visando a proteção integral e o bem-estar dos adolescentes, e, torna o Estado, a família e a sociedade em entes solidariamente responsáveis por assegurar-lhes, entre outros, o direito à vida, à saúde e à dignidade.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.(BRASIL^[7].,1988)

Por fim, o artigo 228 estabelece que os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, sendo, apenas, sujeitos às normas de legislação especial.

Nota-se que as políticas públicas voltadas aos adolescentes infratores receberam atenção especial após a Constituição Federal de 1988, proporcionando grandes mudanças e avanços de direitos para a proteção destes. Isto se deu pelo reconhecimento de que as políticas públicas possuem grande importância e geram grande impacto na sociedade, principalmente dos jovens, sendo essencial a implantação de medidas para sua proteção. (BRASIL. Constituição 1988)

2.3.2. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA^[8]

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que revogou o Código de Menores, foi instituído pela Lei nº 8.069/90, após a promulgação da Constituição

Federal de 1988. Este período foi marcado por importantes avanços de direitos sociais dos cidadãos, e não foi diferente em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes.

De acordo com Saraiva (2013), o Eca se pauta no princípio de que todas as crianças e adolescentes usufruem aos mesmo direito e obrigações. A preocupação do Estado, a partir da Constituição e do ECA, não é mais de castigar, mas sim com a geração de condições eficazes que previnam o ato infracional e a reincidência, proporcionando a proteção do adolescente e da própria sociedade.

Em seu Título II, nos artigos 7º, 15 e 19 preveem, respectivamente, que a criança e o adolescente têm: direito a proteção à vida e à saúde, a partir da efetivação de políticas sociais públicas que possibilitem o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais; e, direito a ser criado e educado no seio familiar e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

O estatuto ainda dispõe de uma Parte Especial, onde são previstas às crianças e aos adolescentes, entre outras coisas: o acesso à justiça e às garantias processuais; medidas de proteção; medidas socioeducativas; e, a atuação de entidades de atendimento aos menores, como o Conselho Tutelar e o Ministério Público.

2.3.3. Estatuto da Juventude

O Estatuto da Juventude foi instituído pela Lei nº 12.852, de 05 de agosto de 2013 que de acordo com seu artigo 1º, o Estatuto dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude. O instituto pode ser encarado como o mecanismo de proteção integral dos jovens.

O Estatuto ainda dispõe do SINAJUVE, que serve de instrumento para organizar o planejamento, a implementação e o acompanhamento das ações que constituem as políticas públicas de juventude. Atribuirá responsabilidades à Federação, aos Estados e aos Municípios para implementação de políticas públicas para a juventude, visando garantir maior efetividade das ações governamentais destinadas aos jovens.

Segundo o Portal da Juventude (2014), o Estatuto da Juventude vem detalhar as especificidades das garantias que precisam ser afirmadas para a juventude, dentro daquelas já previstas pela própria CF/88. Determina expressamente os direitos dos jovens que deverão ser garantidos pelo Estado.

Em outras palavras, o Estatuto da Juventude pode ser visto como mais um instituto que visa a proteção integral dos jovens, evidenciando ainda mais o sistema garantista do Estado brasileiro.

3. O SISTEMA SOCIOEDUCATIVO E O ADOLESCENTE INFRATOR

Partindo da análise do percurso histórico dos direitos da criança e do adolescente, pudemos observar que o Estado brasileiro, no sistema atual, busca criar e executar políticas públicas que visam a proteção integral destes indivíduos, evitando que eles se encontrem em situação de vulnerabilidade social.

Segundo Katzman (1999 *apud* MONTEIRO, 2011, p. 33) a vulnerabilidade é compreendida como o desajuste entre ativos e a estrutura de oportunidades, oriundos da habilidade dos atores sociais de aproveitar oportunidades nos demais contextos socioeconômicos e melhorar sua situação, impedindo a deterioração em três campos: os recursos pessoais, os recursos de direitos e os recursos em relações sociais.

Neste sentido, Katzman (1999 *apud* MONTEIRO, 2011) apresentam-se dois pressupostos necessários para a compreensão da vulnerabilidade social, são eles: o risco de ser ferido ou prejudicado diante à mudança ou prolongamento de situações indesejáveis; e a capacidade que os grupos sociais possuem para responder às mudanças e desafios que o meio social impõe. Deve ser compreendida através da relação constante entre o externo (contexto social) e o interno (características dos indivíduos ou comunidade).^[9]

Estado que deve atuar de forma mais considerável, pois cabe a ele promover políticas sociais, como habitação, escolas e creches, e políticas econômicas, como créditos e mercado de trabalho. As oportunidades para ressocialização devem ser oferecidas tanto pelo estado, quando pelo mercado de trabalho e pela sociedade.

O Estado brasileiro, através do seu ordenamento jurídico, prevê políticas públicas às crianças e adolescentes de direitos e garantias, sejam elas infratoras ou não, no intuito de evitar que estes indivíduos se encontrem ou permaneçam em situação de vulnerabilidade social. A seguir, podemos identificar algumas destas políticas e instituições, que são importantes para o funcionamento do sistema socioeducativo.

3.1 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA

A criação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, já era prevista pelo artigo 88 do ECA, e acabou sendo instituído pela Lei nº 8.242/91. De acordo com o portal da Secretaria de Direitos Humanos (online), Este conselho é composto por 28 (vinte e oito) conselheiros titulares e outros 28 (vinte e oito) suplentes, eleitos a cada 2 (dois) anos. Destes, 14 (quatorze) são representantes indicados pelo Poder Executivo e 14 (quatorze) são representantes de entidades não-governamentais (sociedade civil) de atuação na defesa dos direitos das crianças e adolescentes.^[10]

Através do portal da Secretaria dos Direitos Humanos é possível identificar as diversas pautas do CONANDA, entre elas podemos citar o combate à violência e à exploração sexual praticada contra crianças e adolescentes; a prevenção e a erradicação do trabalho infantil, além da proteção do adolescente trabalhador; a promoção e a defesa dos direitos de crianças e adolescentes indígenas e quilombolas, além daqueles que possuem deficiência; a criação de parâmetros de funcionamento e ação para as diversas partes integrantes do Sistema de Garantia de Direitos; e, o acompanhamento de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional referentes aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Segundo ^[11] o portal da Secretaria de Direitos Humanos (online), as principais, entre as várias competências do conselho são buscar a integração e a articulação dos conselhos estaduais, distrital e municipais e conselhos tutelares, além dos diversos conselhos setoriais, órgãos estaduais e municipais e entidades não-governamentais; acompanhar a remodelação institucional, propondo alterações nas estruturas públicas e privadas; apresentar subsídios e acompanhar a elaboração de legislação pertinente ao tema; promover a cooperação com

organismos governamentais e não-governamentais; e, convocar, a cada 2 (dois) anos, a Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.[\[12\]](#)

3.2 SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO – SINASE

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) é um conjunto ordenado de regras, medidas e critérios, que foi formulado com o objetivo de transformar como era executado as medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratique ato infracional, em uma ação integrada dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, e dos três entes federados (União, Estados e Municípios), na garantia dos direitos e da dignidade dos jovens que cumprem essas medidas.

O SINASE foi instituído pela Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 e regido também pela Resolução 119/2006, vindo para fortalecer o ECA, ao determinar diretrizes específicas para a execução das medidas socioeducativas aplicadas pelas instituições e pelos profissionais que atuam nesta área.

Este sistema estabelece, ainda, normas para padronizar os procedimentos jurídicos que envolvam menores de idade, abrangendo desde a apuração do ato infracional até a aplicação das medidas socioeducativas. Um dos instrumentos estabelecido pela Lei do SINASE foi o Plano Individual de Atendimento (PIA), que foi instituído por seu artigo 52:

Art. 52. O cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, dependerá de Plano Individual de Atendimento (PIA), instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente.

Parágrafo único. O PIA deverá contemplar a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo esses passíveis de responsabilização administrativa, nos termos do art. 249 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), civil e criminal. [\[13\]](#)

Através do SINASE a responsabilização do adolescente infrator em consequência dos seus atos deve ser responsabilizado, estimulando a sua reparação quando possível; a inclusão social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais, mediante cumprimento do PIA, aonde determina que suas medidas de sejam as de meio aberto, semiliberdade ou com restrição de liberdade.

A implementação do SINASE teve como objetivo primordial o desenvolvimento de uma ação socioeducativa com caráter preventivo, baseadas nos princípios dos direitos humanos.

4. VULNERABILIDADE SOCIAL DIANTE DA INEFETIVIDADE DE POLÍTICAS

PÚBLICAS

4.1 VULNERABILIDADE COMO FATOR DA CULPABILIDADE

O Ministro [\[14\]](#) da corte suprema argentina, Eugenio Raul Zaffaroni, desenvolveu uma tese denominada Teoria da Culpabilidade por Vulnerabilidade, em que defende que a culpabilidade dos indivíduos em conflito com a Lei deve ser ponderada, também, pela sua situação de vulnerabilidade social. A culpabilidade pode ser definida como um dos elementos constitutivos do conceito analítico de crime.

Segundo Sposato (2006), é o aspecto que estabelece a conexão necessária entre a ação e o sujeito. Para que seja caracterizado o ato infracional, é necessário que sejam identificados os elementos que integram a culpabilidade, como a reprovabilidade da conduta e a consciência da ilicitude. É a partir da verificação da culpabilidade que se legitimará a aplicação de uma medida mais adequada ao caso concreto com base na análise da culpa daquele indivíduo.

A *teoria da culpabilidade por vulnerabilidade*, de Zaffaroni, defende que a redução da culpabilidade deve ser estabelecida para aqueles sujeitos que tem maior possibilidade de sofrer punição no âmbito penal, pois se considera que o Estado contribuiu de alguma forma para esta prática. [\[15\]](#) Entende-se que o Estado possui deveres para com os cidadãos, entre elas, o de concretizar materialmente as garantias individuais constitucionalmente dispostas. Ao assumir governar uma sociedade, assume também a obrigação de prestar assistências aos seus cidadãos,

tais como educação, saúde, lazer e segurança pública. Quando o Estado falha em assistir o indivíduo vulnerado, principalmente em escala educacional, este deverá ter sua pena reduzida, pois o descaso estatal privou-lhe de oportunidades.^[16] (Zaffaroni, 2003)

É de se lembrar que a vulnerabilidade considera as diferenças de maneira abrangente, não só o pobre, como a criança vítima das diversas formas de violência, abandono, entre outros. Enfim, o destituído de proteção familiar e com orientação cultural distorcida, por isso a importância de se adequar a pena às condições pessoais do agente.

Segundo Zaffaroni (2003), a partir do status social e características pessoais do indivíduo, o sistema penal apresenta diferentes graus de periculosidade para este. O aprisionamento elevado de algumas minorias, como imigrantes, desempregados, habitantes de bairros marginais, homens jovens, entre outros, são todos dados verificáveis. A periculosidade do sistema penal se reparte baseado na vulnerabilidade das pessoas.

O estado de vulnerabilidade é um fato que se traduz com certo grau de probabilidade, que depende do status social do indivíduo, podendo ser perfeitamente identificado. Ressalte-se, entretanto, que esta análise não deve ser realizada apenas a partir da classe social, mas de toda uma situação envolvida. A partir dela, se constata o estado de vulnerabilidade do sujeito e o esforço que este impõe para alcançar a situação concreta em que foi atingido pelo poder punitivo, realizando, então, a tradução valorativa. Portanto, quanto maior for o grau de vulnerabilidade dos indivíduos, menor será o esforço para que este pratique um ato punível criminalmente.

^[17] O Estado e a sociedade não podem ser responsabilizados pela escolha de vida das pessoas, até porque a mais absoluta prestação de qualidade no serviço estatal e o apoio familiar adequado, não são garantia de idoneidade e abstenção de delinquência do indivíduo. Entretanto, havendo a falha na prestação de seus deveres, o Estado poderá ponderar a aplicação da pena, reconhecendo e buscando compensar a vulnerabilidade que suas falhas resultaram.

4.2 A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR NO BRASIL

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio de uma equipe multidisciplinar, realizou investigação social em 320 estabelecimentos de internação existentes no Brasil entre julho de 2010 e outubro de 2011, com a intenção de analisar as condições de atendimento aos adolescentes em conflito com a lei nas estruturas de internação.

Buscou-se, a partir dessa investigação social, analisar a efetividade na garantia dos direitos dos adolescentes socialmente vulneráveis no Brasil, pois, entende-se que a realização de diagnósticos sobre a gestão e execução das medidas socioeducativas, pode possibilitar o desenvolvimento de políticas melhor orientadas de aprimoramento do sistema como um todo.

Segundo a pesquisa[18] , *Panorama Nacional: A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação*, os dados foram levantados por meio de preenchimento de questionários de múltipla escolha durante as visitas e entrevistas de 1.898 adolescentes internos, além da coleta de dados de 14.613 processos judiciais de execução de medidas socioeducativas de restrição de liberdade em tramitação nos 26 estados da Federação e no Distrito Federal. A partir destes dados, então, poderemos observar a efetividade das políticas públicas para a ressocialização dos adolescentes infratores, e dimensionar as suas consequências.

Em *A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação*, analisou [19] o nível de escolaridade dos adolescentes entrevistados, e revelou que 8% deles não são sequer alfabetizados. Em que pese este dado parecer razoável, deve-se ressaltar que o ECA prevê que as entidades que desenvolvem os programas de internação têm o dever de promover a escolarização e a profissionalização dos adolescentes privados de liberdade. É de se notar, ainda, a disparidade entre as regiões. Enquanto o percentual de analfabetos no Nordeste [20] chega a incríveis 20%, as regiões sul e centro-oeste apresentam apenas 1%.

Foi constatado ainda, que independente da alfabetização, 57% dos jovens declaram que não frequentavam mais a escola antes de ingressarem no estabelecimento de internação. Estes dados apontam que o sistema educativo

brasileiro não está sendo efetivo, está falhando em manter as crianças e os adolescentes na escola.

Além do nível de escolaridade, também se buscou saber a relação dos adolescentes internos com o uso de substâncias psicoativas. Dos jovens entrevistados, averiguou-se que aproximadamente 75% deles faziam uso de drogas ilícitas, destaques para a maconha, a cocaína e o crack, índice que chega até os 80,3% na região centro-oeste.[\[21\]](#)

O perfil dos adolescentes em conflito com a lei, revelado pela pesquisa realizada pelo CNJ, indica uma série de problemas que atingem estes indivíduos, como a defasagem escolar e a relação com as drogas. Fica nítido que as políticas públicas para proteção integral das crianças e dos adolescentes estão falhando, uma vez que os números apresentados demonstraram que os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de restrição de liberdade já se encontravam em situação de vulnerabilidade antes mesmo de serem internados.

No que se preze todas as garantias previstas pela CF/88 e pelo ECA, a situação do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa de internação não coincide com as garantias previstas. Visto que não havendo a devida efetividade das políticas públicas para os adolescentes antes deles entrarem no sistema socioeducativo, então não irão conseguir aplicá-las adequadamente durante a internação deles, sendo que a maioria dos estabelecimentos de internação encontra-se sobrecarregado.

O cenário revela um estado de violência em estabelecimento que violam os direitos dos adolescentes. Nos dados coletados pelo CNJ foram apresentados, também, os índices de reincidência entre os adolescentes entrevistados em cumprimento de medida de internação. Constatou-se que 43,3% deles já haviam sido internados ao menos uma outra vez. Todas as regiões apresentaram altos índices de reincidência, sendo o menor da região norte com 38,4%.[\[22\]](#)

Na pesquisa,[\[23\]](#) cotejando a gravidade do primeiro ato infracional, praticado antes da primeira internação, e as subsequentes, verifica-se um aumento na gravidade das ocorrências e ainda uma maior letalidade nas infrações. Enquanto os atos infracionais praticados na primeira internação tiveram apenas 1% com resultado de morte, os da segunda internação resultaram morte em 23% deles.

4.3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E PERSPECTIVAS FUTURAS

Há um enorme abismo entre as perspectivas da Lei e a realidade social cotidiana vivida por crianças e adolescentes no Brasil. O cumprimento adequado das disposições da CF/88 e do ECA,^[24] traria benefícios a toda a sociedade. O reconhecimento desta necessidade é unânime, mas fazer com que isso aconteça está sendo o grande desafio encontrado pelo Estado, família e sociedade.

A falha na integração destas políticas públicas compromete o sistema e a possibilidade de oferecer tratamento adequado aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas. Não basta estar na Lei, para a verdadeira realização das políticas é necessário que elas sejam oferecidas com qualidade, de outra maneira não passarão de meras intenções. O bom desempenho da ressocialização dos jovens infratores se dá através do oferecimento de todas as políticas públicas integradas e com qualidade.

Quando se trata de ressocialização, a observância das garantias legais deve ir além. A efetividade das medidas socioeducativas só será satisfatória se houver a adequada assistência dos adolescentes pelo órgão executor. O objetivo é possibilitar o desenvolvimento dos adolescentes de maneira que estes superem as condições sociais e pessoais que os levaram a entrar em conflito com a Lei. Portanto, é necessário investir na reconstrução da autoestima, da responsabilidade por ações cometidas, e na construção de caminhos de autonomia destes adolescentes, evidenciando a importância de cada um deles para a sociedade e estimulando a capacidade de cuidar de si mesmo e do ambiente onde se encontram.

Alcançar a qualificação dos agentes públicos e a integração do sistema poderia amenizar o viés^[25] autoritário e centralizado que é notado no disciplinamento do interno. Além do mais há a constante necessidade de vigilância pelo Estado e toda a comunidade, bem como a intenção de acolhimento do adolescente infrator, evitando-se a transformação do adolescente de objeto de vigilância e para sujeito de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso histórico dos direitos da criança e do adolescente revelou que estes indivíduos já foram vítimas de práticas perversas e impetuosas, especialmente aqueles marginalizados pela sociedade, com medidas de caráter essencialmente punitivo. Apenas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que foi adotado o princípio da proteção integral, reconhecendo as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, que necessitam de maior assistência do Estado e da sociedade, devido a sua condição peculiar de desenvolvimento que proporciona maiores riscos de desenvolverem comportamentos irregulares.

A vulnerabilidade, como situação de risco em que os indivíduos estar suscetível aos danos causados pela sociedade. Acredita-se que seu controle depende de uma estrutura de oportunidades e de bem-estar que o Estado, em conjunto com a sociedade, oferece aos indivíduos. A construção dessa estrutura está relacionada diretamente com a criação de políticas públicas e sua real efetividade.

Ao analisar a efetividade das políticas no Brasil, constatou-se que elas até existem na teoria, mas que não estão possuindo efetividade devido às falhas na estrutura, na qualificação dos agentes públicos e na atuação integrada do sistema. Esta última falha, talvez apareça como o maior problema, pois mesmo que algumas ações sejam desenvolvidas adequadamente, a falha de outras compromete todo o sistema.

Torna-se, então, um ciclo vicioso. O ciclo tem início com a inefetividade das políticas públicas, fazendo com que um maior número de adolescentes se encontre em situação de vulnerabilidade. Em razão desta vulnerabilidade e por falta de medidas adequadas, os adolescentes afetados se tornam mais propensos à práticas de delito.

Enfim, além do reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos e a previsão de garantias para sua proteção integral, é necessário que o Estado e a sociedade em geral reconheçam que isso não é tudo. Sem o desenvolvimento de políticas públicas efetivas, com reais responsabilidades dos

agentes públicos, as garantias conquistadas pelas crianças e adolescentes não passarão de normas no papel.

REFERÊNCIAS [26]

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Panorama Nacional: A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação**. Brasília/DF, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf>. Acesso em: 30 mar 2019

_____. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)**. Brasília/DF, 2006. Disponível em: <<http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2019

_____. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)**. Brasília/DF, 2006. Disponível em: <<http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2019

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2019

_____. Decreto nº 5.083, de 1 de dezembro de 1926. **Código de Menores**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/D_PL5083.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019

_____. **Estatuto da Juventude**. Portal da Juventude. 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://juventude.gov.br/estatuto#.WL9Gg9IrLDd>>. Acesso em: 10 fev. 2019

_____. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019

_____. Lei nº 6.697, 10 de outubro de 1979. **Código de Menores**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 fev 2019

_____. Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991. **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8242.htm>. Acesso em: 18 mar. 2019

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Sistema de Garantias de Direitos. **Centro de Referências em Educação Integral**. 31 out. 2014. Acesso em: <<http://educacaointegral.org.br/glossario/sistema-de-garantia-de-direitos/>>. Acesso em: 22 mar. 2019

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/_recursos/pdf/artigos/014.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2019

^[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais e Pós Graduado em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e ainda em Comunicação Social com ênfase em Jornalismo, todos os cursos na Universidade Federal do Tocantins. Professor titular de Direito Processual Penal na Faculdade Serra do Carmo, Delegado da Polícia Civil do Tocantins, escritor e organizador de obras jurídicas.

A AUSÊNCIA DE UM CRITÉRIO LEGAL OBJETIVO PARA A DISTINÇÃO ENTRE CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE DROGAS NA LEI N. 11.343/2006

DEUSDETE AMÉRICO FURTADO GAMA:

Estudante de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

CRISTIANE DORST MEZZAROBÀ^[1]

(Orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar os critérios de distinção entre as figuras do usuário e do traficante previstos na Lei 11.343/2006, conhecida como Lei Antidrogas. As normas tipificadas nos artigos 28 e 33 da referida legislação adota critérios subjetivos, deixando a critério do magistrado a análise da conduta do agente e sua respectiva capitulação de usuário ou traficante. A ausência de parâmetros objetivos para diferenciar as condutas delitivas de quem traz consigo o entorpecente para consumo próprio ou tem o intuito de venda causa grave insegurança jurídica. No intuito de contribuir neste diálogo jurídico e legislativo buscou-se fundamentação nas políticas públicas sobre o tema adotado em outros países americanos e europeus. Percebeu-se que a adoção de políticas sem uma delimitação objetiva sobre o tipo penal referente ao tráfico e uso de drogas tem resultado em arbitrariedades por parte dos setores responsáveis e conseqüentemente tem gerado aumento na população carcerária do país e na criminalização seletiva e desigual. Nesse contexto, verificou-se a carência de paradigmas mais objetivos e precisos para o enfrentamento das questões concernentes ao uso e ao tráfico de drogas, tendo em vista que a Lei vigente ainda não apresenta clareza nos critérios adotados para efetuar essa distinção

Palavras-chave: Lei n. 11.343/2006; drogas; consumo; tráfico.

ABSTRACT: This article aims to analyze the criteria for distinguishing between the figures of the user and the trafficker provided for in Law 11.343 / 2006, known as the Antidrug Law. The norms established in articles 28 and 33 of the aforementioned legislation adopt subjective criteria, leaving to the discretion of the magistrate the analysis of the conduct of the agent and its respective capitulation of user or trafficker. The absence of objective parameters to differentiate the delinquency behaviors of those who carry the narcotic for their own consumption or intends to

sell causes serious legal uncertainty. In order to contribute to this legal and legislative dialogue, it was sought to base public policies on the theme adopted in other American and European countries. It was noticed that the adoption of policies without an objective delegation on the criminal type related to drug trafficking and use has resulted in arbitrariness on the part of the responsible sectors and consequently has generated an increase in the prison population of the country and in selective and unequal criminalization. In this context, there was a lack of more objective and precise paradigms for confronting the issues related to drug use and trafficking, given that the current Law still lacks clarity in the criteria adopted to make this distinction

Keywords: Law no. 11,343 / 2006; drugs; consumption; traffic.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Histórico da legislação penal sobre o consumo pessoal e tráfico de drogas no Brasil. 3. A Lei 11.343/2006 e a diferenciação entre consumo pessoal e tráfico de drogas – 4. A Lei 11.343/2006 e a diferenciação entre consumo pessoal e tráfico de drogas – 4.1. Estados Unidos da América - 4.2 Argentina - 4.3 Uruguai - 4.4 Portugal - 4.5. Espanha - 4.6 Reino Unido - 4.7 França - 4.8 México - 4.9 Alemanha - 4.10 Itália - 4.11 Colômbia - 4.12 Equador. 4.13 Holanda - 5 A diferenciação entre consumo pessoal e tráfico de drogas por meio de critérios objetivos no Brasil: proposta de alteração da Lei 11.343/2006. - 6 considerações finais – 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Questões relacionadas ao tema das múltiplas e complexas interações humanas com o que se convencionou chamar de drogas ocupa lugar central nas preocupações políticas e sociais do Brasil e de inúmeros outros países na contemporaneidade e, da mesma forma, ocupa lugar de destaque nas discussões atuais no âmbito do Direito Penal e da Justiça Criminal em todo o mundo.

O abuso das drogas ilícitas é um dos grandes problemas mundiais em razão dos efeitos negativos que podem trazer não somente para o indivíduo, mas também para a sociedade. O consumo abusivo de tais substâncias além de gerar dependência pode trazer sérias consequências pessoais e sociais.

O Brasil utiliza-se do Direito Penal para gerir a questão das drogas ilícitas, criminalizando o porte para consumo e o tráfico dessas substâncias psicoativas, se valendo da repressão para coibir a circulação das drogas ilícitas no território nacional.

Em consonância com a tendência mundial, o Brasil retirou o sistema carcerário para os usuários e dependentes de drogas, destinando-lhes os sistemas de saúde e de assistência social. Decididamente, é uma página virada na história do país, pois é certo que, em um passado recente, pessoas envolvidas com o uso abusivo de drogas, em vez de receber tratamento, eram recolhidas ao cárcere, agravando ainda mais a vulnerabilidade daqueles que viviam o sofrimento da dependência química.

Para o sistema atual, a Lei 11.343/2006 estabelece para o usuário de drogas o correto afastamento de qualquer possibilidade de encarceramento, optando pela aplicação de medidas preventivas e com potencial restaurativo, como a advertência, a indicação de frequência e cursos educativos, e a prestação de serviços, com a atenção voltada à reinserção social do usuário (dependente ou não). Entretanto, a controvérsia em decorrência da ausência de um parâmetro legal objetivo para qualificação do agente como usuário ou traficante de drogas, o estudo em análise, defende que a Lei nº 11.343/06 deveria estabelecer critérios claros e objetivos para distinguir traficante e usuário, como, por exemplo, a quantidade de droga apreendida: a apreensão abaixo de uma determinada quantidade, perante a falta de qualquer outro critério, seria considerada para uso, enquanto uma quantidade acima do limite seria presumida como tráfico, como ocorre em algumas legislações internacionais.

Nesse novo movimento de aplicação restaurativa do direito, o trabalho dos profissionais (agora não mais só policiais, mas também juízes, advogados, defensores e promotores de justiça) é buscar a visão de futuro com o desenvolvimento de uma visão holística, global e transdisciplinar, abrangendo todos os prismas relacionais a fim de que possam resultarem vencedores.

Contudo, este artigo tem como objetivo avaliar se a lei antidrogas e seus artigos inseridos conseguem ser eficientes na diferenciação entre usuários/dependentes e traficantes. Para tanto, a metodologia utilizada será a análise do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, abordando algumas das consequências advindas dos (falhos) critérios estabelecidos pelo art. 28, § 2º, da atual Lei de Drogas para orientar o aplicador do direito na distinção entre usuário e traficante e algumas das consequências advindas da subjetividade conferida a esses

critérios. Para a compreensão do contexto sobre a atual política de drogas, será feita uma abordagem da dimensão histórica do proibicionismo criminalizador sobre algumas Legislações locais e internacionais na da Lei no caso concreto.

2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO PENAL SOBRE O CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

O problema do consumo pessoal e tráfico de drogas ilícitas não é recente. No âmbito internacional, inúmeros tratados já foram assinados visando combater o uso e tráfico de drogas e cada país legisla de forma delimitar o controle e a criminalização de substâncias que podem causar dependência e malefícios aos seus cidadãos, ou seja, cada país tem sua própria relação com as drogas, classificando-as em lícitas, lícitas controladas e totalmente ilícitas.

O tráfico internacional de entorpecentes vem conquistando espaços cada vez maiores, seja em territorialidade, seja no desenvolvimento de novas drogas, cada vez mais lesivas para a saúde humana, seja em rentabilidade econômica, que patrocina o avanço dos demais espaços mencionados.

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, divulgou em 2013 o Relatório Mundial sobre Drogas, no qual o Brasil foi apontado como corredor da droga produzida nos países andinos e como a origem de grande parte da droga apreendida no mundo. Dados preocupantes que servem de substrato para a revisão das leis e das políticas públicas de combate ao uso e tráfico de drogas no Brasil.

Historicamente, a sociedade internacional vem buscando mecanismos para tentar combater e proibir o consumo e o tráfico de entorpecentes. A primeira ação internacional destinada a promover a proibição coordenada à produção, ao comércio e ao consumo de substâncias psicoativas e suas matérias primas foi sistematizada na Convenção Internacional sobre o Ópio, adotada pela Liga das Nações em Haia, em 23 de janeiro de 1912. O artigo 20 desta Convenção recomendava aos Estados signatários examinassem a possibilidade de criminalização da posse de ópio, morfina, cocaína e seus derivados (KARAN, 2014).

Embora em 1911 o Brasil tenha se comprometido a intensificar a fiscalização sobre o consumo de cocaína e ópio, em 1914, o aumento de entorpecentes cresceu assustadoramente no Brasil e os dispositivos legais até então existente tornaram-se ineficazes.

O Decreto 4.294, de 06 de julho de 1921, regulamentado pelo Decreto 14.969, de 03 de setembro de 1921, estabeleceu em seu artigo sexto a internação compulsória aos usuários de substâncias entorpecentes e criou os estabelecimentos

especiais para o atendimento destes casos. Este Decreto também previa a internação de pessoas embriagadas.

Do mesmo modo, o Decreto n. 24.505, de julho de 1934, passou a considerar os sais da morfina e da cocaína como substâncias tóxicas sujeitas ao controle.

Ainda que a criação da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes através do Decreto n. 780, de abril de 1936 representasse um grande avanço na harmonização da legislação pátria sobre drogas, os trabalhos desta Comissão deram azo à edição da Lei de Fiscalização de Entorpecentes, aprovada pelo Decreto-lei n. 891, de novembro de 1938, a qual foi inspirada na Convenção de Genebra de 1936 (AVELINO, 2014).

O Decreto-lei 891 de 1938, previa em seu artigo 33, a pena de prisão pelo comércio ilegal (tráfico) de entorpecentes. No mesmo diploma legal, no artigo 35, manteve-se a punição do usuário, prevista pelo Decreto nº 4.294/1921.

Com o Golpe Militar de 1964 e a Lei de Segurança Nacional – Lei n. 7.170/1964, se passou o foco do modelo sanitário para o modelo bélico de política criminal. Nesta época, o consumo de drogas, especialmente as psicodélicas como o LSD, foi associado à luta pela liberdade, às manifestações políticas democráticas e aos movimentos contestatórios.

Em 1973 o Brasil aderiu ao Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos, e com base nele editou a Lei 6.368/1976 que separou as figuras penais do traficante e do usuário. Além disso, a lei tornou necessário o laudo toxicológico para comprovar o uso.

Em 1976, surgiu a Lei Federal n. 6.368 mantendo a criminalização ao tráfico e ao uso com aumento considerável das penas de prisão. Segundo Karan (2014), a Lei 6.368/76 diferenciava as penas previstas para o uso pessoal, com pena de 6 meses a 2 anos de detenção, da pena por tráfico, estipulada de 3 a 15 anos de reclusão. Praticamente desde a edição desta lei diversos projetos foram sendo apresentados para modificá-la, até que foi editada a Lei 10.409/2002, alterando as penas e estabelecendo políticas de prevenção.

Em 2006 entrou em vigor a Lei 11.343, vigente atualmente, embora já tenha tido alterações complementares com o passar dos anos, é a conhecida Lei Antidrogas. A referida lei instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, além de prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como

estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e definiu ostipos penais relativos ao tema.

3 A LEI 11.343/2006 E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE DROGAS

Primordialmente, a Constituição Federal de 1988 preconizou em seu artigo 5º, inciso XLIII, ser o crime de tráfico de drogas inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, assim como a tortura, o terrorismo e os classificados como hediondos listados na Lei 8.072/1990.

A Lei 11.343 definiu em seu artigo 1º, parágrafo único, drogas como “as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Nota-se que se trata de uma norma penal em branco, dependendo de normatização própria, ou seja, uma substância somente passará ser tratada como droga quando integrar lista própria regulamentada pelo Ministério da Saúde, especificadas na Portaria da SVS/MSnº 344, de 12 de maio de 1998, que é constantemente atualizada, especialmente com a inclusão das chamadas drogas sintéticas que são constantemente modificadas no intuito de burlar a legislação, vez que nenhuma substância pode ser considerada droga até ser especificamente catalogada como tal.

Do mesmo modo, o artigo 2 da Lei 11.343/2006 determina a proibição das substâncias consideradas como drogas no território brasileiro, a saber:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Foi também a Lei 11.343/2006 que buscou delimitar, porém de forma bem limitada, a diferença entre o usuário e o traficante, diferenciando inclusive as sanções criminais entre ambos, haja vista que o tráfico de drogas é um crime muito mais danoso socialmente do que o uso de entorpecentes, geralmente muito mais vinculado à saúde pública do que ao ilícito penal, a saber:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

(...)

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...) (sem grifos no original).

Do ponto de vista doutrinário, para Bizzotto e Rodrigues (2007), a diferenciação entre o usuário e o traficante é um aspecto legislativo inovador. Nos moldes da lei, caracteriza-se usuário o consumidor eventual de drogas, aquele que tem em sua esfera volitiva a liberdade psíquica e física de buscar ou não os efeitos da droga.

Todavia o traficante é aquele que prioriza a droga ummeio econômico, ou seja, por meio de uma das condutas especificadas no tipo penal busca auferir vantagem econômica, seja de forma habitual, seja de forma eventual.

Os verbos núcleos dos tipos penais descritos no artigo 28, da Lei nº 11.343/06 e no artigo 33, caput, do mesmo diploma legal estão correlacionados. "O diferencial entre as condutas é que será o fator que deflagrará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é exclusivamente o direcionamento/finalidade do agir (para consumo pessoal), segundo os elementares subjetivos do art. 28 (CARVALHO, 2013, p. 317).

O tipo penal do artigo 28 exige a vontade específica de agir para consumo próprio, ou seja, sob o aspecto legal, a diferenciação entre o usuário e o traficante não possui definição objetiva. Pelo contrário, deixa a critério do juiz estabelecer após análise do contexto fático a diferenciação, conforme preconiza o texto legal:

Art. 28. (...)

§ 2º Para determinar se a droga destina-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)

O juiz então atento às circunstâncias delineadas no dispositivo supramencionado, tenta enquadrar a conduta do agente em tráfico ou em uso de entorpecentes. Entretanto, ocorre que esses fatores podem dar indícios da conduta delituosa, mas nunca darão certeza, afinal são elementos objetivos do tipo, sendo, pois, insuficientes para a apuração do animus do agente.

De acordo com Carvalho, as definições contidas no § 2º, do art. 28:

[...] acabam por destoar da própria lógica do sistema dogmático da teoria constitucional do delito, substancialmente porque intentam absolutizar critérios objetivos de forma a induzir a esfera subjetiva do tipo. A partir de conjunturas fáticas que caracterizam os elementos objetivos (circunstâncias, tempo, local e forma de agir) ou de características pessoais do autor do fato (antecedentes e circunstâncias pessoais e sociais), são projetados dados de imputação referentes à integralidade da tipicidade, olvidando

seu aspecto mais importante, o elemento subjetivo (CARVALHO, 2013, p.329).

A imprecisão desses critérios aliada à propagada política-criminal repressiva acaba por imputar o crime de tráfico à maioria dos suspeitos, gerando situações não muito diferentes daquelas previstas em leis anteriores que puniam com o mesmo rigor o crime de tráfico e o de porte para consumo pessoal (CARVALHO, 2013).

Essa indefinição jurídica é nociva uma vez que estigmatiza e pune muito mais pelas características e vida pregressa do agente do que pelos elementos do tipo penal, coisa que até as penas previstas pelo legislador fazem diferenciação, considerando que a traficância é inclusive equiparada a crime hediondo, enquanto que o porte para consumo pessoal é crime de menor potencial ofensivo.

Na prática o que se observa é que a simples análise da quantidade e natureza das substâncias proscritas já enseja a condenação pela traficância, ignorando-se a possibilidade de um usuário trazer consigo ou ter em depósito uma quantidade de droga relativamente significativa, mas isso é geralmente ignorado nas decisões judiciais.

Por outro lado, é impossível estipular uma porção que certamente será exclusiva para consumo, pois uma pequena porção de droga não garante necessariamente que ela não seria passada adiante.

Nesse sentido, para Carvalho e Mendonça (2012, p. 56) “a pequena quantidade de droga nem sempre indica tratar-se de um usuário, pois é cada vez mais comum traficantes deambularem com apenas pequenas quantidades de droga, escondendo a droga em outros locais”.

Obviamente que mesmo se tendo um critério objetivo estabelecido para esta tipificação este não deve ser um critério exclusivo para diferenciação entre o traficante e o usuário. Entretanto, esta se mostra como a solução mais adequada, pois reduziria a discricionariedade não só do magistrado na condenação, como também dos policiais no momento das abordagens.

Aliado ao critério objetivo quantitativo, faz-se necessária a análise do contexto fático envolvido na apreensão, como alguns poucos magistrados já consideram em suas decisões, como por exemplo, a apreensão de petrechos inerentes à traficância, muitas cédulas de dinheiro de valores baixos, objetos sem origem definida, entre outros.

Neste diapasão, Souza citado por Rebeca (2016, p. 23), enfatiza que:

O local onde ocorreu a apreensão pode ajudar a evidenciar a destinação da substância, tal qual ocorre quando a droga é apreendida na casa do agente, ou mesmo em seu bolso ou em sua carteira, durante um show, sendo ainda em pequena quantidade e de natureza compatível com as necessidades do usuário (SOUZA, 2015, p.47).

Em relação à redação dada pelo artigo 28, § 2º da Lei n. 11.343/2006, especificamente sobre as “circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente” como forma de determinação se a droga seria ou não para consumo pessoal, muitas são as críticas a se considerar, essencialmente por ferir a constitucional presunção de inocência, vez que vincula uma hipótese de condenação futura à vida pregressa do agente. Seria o mesmo que estigmatizar uma pessoa como eterna criminosa.

Sobre o tema, Arruda adverte:

Cria-se, assim, uma rotulação perigosa dos indivíduos. Deixa-se de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente. Como se pode justificar que uma mesma conduta, se praticada por Pedro, já condenada por tráfico, seja enquadrada no tipo penal do artigo 33, enquanto a Paulo, primário e de bons antecedentes, imputa-se o delito associado ao uso? Cremos mesmo ser de constitucionalidade duvidosa essa disposição. O legislador erigiu aí verdadeira presunção de culpabilidade em nada compatível com o princípio inverso, da presunção de inocência (ARRUDA, 2007, p. 31 e 32).

Ademais, muitas vezes a compreensão do juiz acerca das condições sociais, pessoais e conduta do agente do agente é limitada ao senso comum e influenciada por considerações morais de que todo usuário seria um traficante em potencial, de que se já possui antecedentes criminais, certamente possui maior probabilidade de voltar a delinquir e, portanto, deve ser punido com mais rigor, sendo então, enquadrado como traficante.

Desta forma, a utilização dos critérios puramente subjetivos acaba por deixar certa margem de discricionariedade ao juiz, que, tentando manusear os critérios estabelecidos pelo referido dispositivo, cria seu próprio conceito do que é um traficante e um usuário. Somado a isso, verifica-se que preconceitos de ordem social

acabam por transformar os mais pobres em traficantes potenciais, ao passo em que os mais ricos tendem a ser enquadrados como usuários (SHECAIRA, 2014, p.50).

Os elementos normativos contidos no tipo penal que demandam um esforço interpretativo considerável para além da norma lesionam a segurança jurídica, princípio constitucional de um Estado Democrático, que por dependerem de uma valoração necessitariam da precisão dos elementos descritivos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 415).

Nesse esteio, uma Lei indeterminada, imprecisa e pouco clara não protege o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo dessa forma, a esfera do legislativo (ROXIN, 2007, p. 42).

Em razão da necessidade da garantia da segurança jurídica, respaldada constitucionalmente no artigo 5º, incisos XXXVI, XXXIX e XL, mais especificamente, dos princípios da legalidade, da inviolabilidade do direito adquirido e da coisa julgada, não se pode admitir que o órgão responsável pela diferenciação entre o usuário e o traficante seja o Judiciário ao invés do Legislativo.

Ressaltando-se ainda, como descrito em linhas anteriores, que o usuário é punido de forma muito mais preventiva, do que punitiva, enquanto que o traficante é punido com pena de reclusão de 5 a 15 anos, além do pagamento de multa e das consequências da equiparação a crime hediondo.

Por tudo isso, é que o Brasil precisa rever os critérios estabelecidos na Lei 11.343/2006 para que as lacunas na configuração dos tipos penais definidos nos artigos 28 e 33 obedeçam ao princípio da legalidade, um dos postulados do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, os tipos penais precisam ser claros, objetivos, buscando-se a evitar ao máximo as interpretações subjetivas que desviem do objetivo que a norma incriminadora traz.

4 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE DROGAS: EXPERIÊNCIAS PELO MUNDO.

A ausência de um parâmetro legal objetivo para qualificação do agente como usuário ou como traficante de drogas, tal qual adotado pela legislação brasileira já demonstrou ser extremamente controverso, fazendo com que a linha que entre a justiça e a injustiça seja extremamente tênue.

É importante salientar que existem vários países que já evoluíram nesse sentido com uma proposta de diferenciação objetiva entre usuários e traficantes.

Conhecer os parâmetros adotados em outros países pode ajudar nas discussões, inclusive legislativas, a respeito do tema, na busca de tornar o critério brasileiro mais justo.

4.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos a Lei Federal sobre drogas determina as diretrizes fundamentais da política nacional, mas admite que os estados federados elaborem suas legislações específicas.

Alguns estados descriminalizaram o uso de certas drogas, principalmente a maconha. No Colorado e Washington já houve até regulamentação do mercado dessa droga para uso recreativo (BRASIL, 2015).

A maioria dos estados americanos em que o consumo de maconha é permitido para maiores de 21 anos estipula a quantidade de até 30 gramas.

4.2 ARGENTINA

Na Argentina a lei criminalizou o uso e a posse de drogas até 2009 quando a Suprema Corte a tornou inconstitucional. O país não possui critérios objetivos para distinguir usuários de traficantes, porém, a Suprema Corte definiu a posse para uso pessoal como: pequenas quantidades e outras circunstâncias determinadas pelo juiz (BRASIL, 2015), ou seja, prevalece na Argentina um modelo similar ao brasileiro.

4.3 URUGUAI

Não existe pena para posse de drogas para uso pessoal no Uruguai conforme fala o Decreto de Lei n. 14.294, em seu artigo 31 estabelece, por exemplo, que será isento de sanção quem tiver em posse uma quantidade destinada exclusivamente ao consumo pessoal.

Entretanto, o país não adota critérios objetivos para distinguir usuários de traficantes, com exceção da maconha.

Em 2013, o Uruguai foi o primeiro país da América Latina a legislar sobre a regulação de produção e comercialização da maconha, com o objetivo de tirar o poder do narcotráfico e reduzir a dependência química dos usuários de drogas.

Todos os uruguaios ou residentes no país com idade superior a 18 anos, que tenham se registrado como consumidores para o uso recreativo ou medicinal da maconha podem comprar a erva em farmácias credenciadas.

Além disso, os usuários podem ter acesso à droga por meio do cultivo pessoal limitado a até seis pés de maconha e até 480 gramas por colheita anual ou por meio dos denominados “clubes de culturas” que podem ser compostos de 15 a 45 membros e podem cultivar no máximo 99 pés da planta (BBC, 2013).

No caso de posse de maconha, a legislação uruguaia estabelece a quantidade máxima de 40 gramas por pessoa.

De acordo com o governo Uruguaio as receitas obtidas com a legalização da maconha serão destinadas a de programas de prevenção e reabilitação de dependentes químicos. Também, essa nova legislação poderá trazer benefícios econômicos para o país, pois atualmente, estima-se que o mercado de maconha ilegal no Uruguai movimente cerca de 30 milhões de dólares por ano (SAMPAIO, 2014).

4.4 PORTUGAL

Em Portugal a posse de drogas para uso pessoal é descriminalizada, a infração é considerada leve e o indivíduo pego utilizando essas substâncias fica sujeito a sanção administrativa como aconselhamento ou multa, conforme a Lei 30/2000. Existe também a possibilidade de tratamento voluntário (BRASIL, 2015).

Portugal adota um critério objetivo para distinguir a quantidade de droga considerada para uso e para tráfico. No país, a quantidade para uso pessoal não pode ultrapassar o equivalente a 10 doses diárias, levando em consideração o peso e natureza da droga.

Para maconha o limite é 25 gramas, 5 gramas de resina ou do princípio ativo THC e 2,5 gramas de óleo de cannabis. No plantio para consumo pessoal utiliza-se o mesmo critério das 10 doses diárias, o número de plantas não está estabelecido.

Para ecstasy e heroína o limite é 1 grama, já para cocaína o limite é de 2 gramas.

Se a pessoa for encontrada portando doses superiores às estabelecidas será penalizada criminalmente, ou seja, será considerado um traficante.

4.5 ESPANHA

O uso pessoal de drogas na Espanha é descriminalizado, entretanto, consumir drogas no país pode resultar em multas administrativas.

Como critério objetivo a Jurisprudência espanhola estabelece que a quantidade para uso pessoal não pode ultrapassar o equivalente a 5 doses diárias, o que corresponde a, por exemplo, até 25 gramas de haxixe, 100gramas de cannabis, 3gramas de heroína, 7,5 gramas de cocaína, 3 miligramas de LSD, 900 miligramas de anfetamina e 1,44 gramas de ecstasy (BRASIL, 2015).

4.6 REINO UNIDO

No Reino Unido o uso de drogas com exceção ao uso do ópio não é um crime, porém o indivíduo está sujeito a sanções administrativas. Por outro lado, a posse de drogas para uso pessoal não é descriminalizada e as penas variam de acordo com a classe de drogas utilizada, podendo chegar até 7 anos de prisão para drogas mais fortes (BRASIL, 2015).

Dentre os critérios utilizados para diferenciar traficantes de usuários de drogas no Reino Unido são observados a natureza da droga, o peso, as intenções e circunstâncias, bem como a pureza, em um segundo momento. Todos os critérios descritos são analisados em conjunto para estabelecer essa distinção (BRASIL, 2015).

4.7 FRANÇA

Na França não existe nenhum tipo de descriminalização para o uso de drogas, ou seja, tanto quem usa quanto quem tem posse para uso pessoal está sujeito a penalidades de até 1 ano de prisão mais multa de até 3750 euros. O país não adota critérios objetivos, ou seja, não distingue posse para uso pessoal de tráfico (BRASIL, 2015).

4.8 MÉXICO

O México não criminaliza o porte para uso pessoal de drogas. De acordo com a Ley General de Salud, art. 478, se a quantidade não exceder o máximo determinado para o que se considera como para uso pessoal, não se aplica ação penal. O critério objetivo usado pelo país para diferenciar usuário de traficante leva em conta o peso e natureza da droga (5g cannabis, 2g de ópio, 1/2g cocaína, 50mg heroína, 40 mg de Metanfetamina ou MDMA) (BRASIL, 2015).

4.9 ALEMANHA

Na Alemanha o uso de drogas não é criminalizado. Com relação ao porte para uso pessoal a Lei Federal diz que não há descriminalização, entretanto, o promotor e à Corte ficam livres para continuar ou não o processo. No país, existem critérios objetivos para diferenciação de usuários e traficantes em alguns estados ou pela jurisprudência. Para a maconha configura-se limite para uso pessoal entre 6g e 15g, para heroína e cocaína o limite de 1 grama a 2 gramas, para ecstasy 3g (as variações ocorrem de estado para estado) (BRASIL, 2015).

4.10 ITÁLIA

Na Itália o porte de drogas para uso pessoal consta na lei penal, entretanto, a conduta é punível apenas com sanções administrativas (DPR309/90 Art 72-75; Ministério da Justiça, Decreto do 11 de abril de 2006). Além disso, o país adota peso e natureza da droga como critério objetivo para distinguir usuário de traficante, os limites são: 1g de THC, 0,25 gramas de heroína, 0,75 gramas de cocaína e 0,75 gramas de ecstasy (BRASIL, 2015)

4.11 COLÔMBIA

Na Colômbia o porte de drogas para uso pessoal não é crime, porém é proibido pela Constituição do país. Acórdão da Corte Constitucional declarou que "laprohibición que introdujo el Acto Legislativo 02 de 2009 en el artículo 49 de la Constitución en cuanto al porte y consumo de sustancia estupefaciente psicotrópica, no conduce a la criminalización de la dosis personal". (BRASIL, 2015).

A Colômbia adota como critérios objetivos para diferenciar usuários de traficantes o peso e a natureza da droga. No país, o limite para se configurar tráfico

é acima de 20 gramas de maconha, 5 gramas de haxixe e 1 grama de cocaína, porém se for comprovada a intenção de venda, mesmo abaixo desse limite, o indivíduo não será enquadrado na regra estabelecida para consumo próprio (BRASIL, 2015).

4.12 EQUADOR

No Equador a descriminalização do porte para consumo próprio ocorreu em 2013. De acordo com o Código Orgânico Integral Penal, Art. 221: "La tenência o posesión de sustancias estupefacientes opicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible" (BRASIL, 2015).

Para distinção do tráfico e do uso de drogas, o Equador adota como critérios objetivos o peso e a natureza da droga. Para a maconha o limite para configuração de uso próprio é 10 gramas, para pasta base de cocaína são 2 gramas, cloridrato de cocaína 1 grama e 0,1 grama de heroína. Além disso, o país também passou a adotar critérios para diferenciar o pequeno do grande traficante (BRASIL, 2015).

4.13 HOLANDA

Na Holanda a legislação sobre drogas foi criada em 1976 e se baseia na diferença entre drogas de risco aceitável (haxixe e maconha), das consideradas de risco inaceitável, ou seja, que geram riscos para saúde e a segurança pública (cocaína, heroína, anfetaminas e LSD). O governo relata que para o problema das drogas não existe uma só solução, então, é melhor controlá-lo buscando a redução de danos do que continuar com políticas de repressão sem resultados visíveis. No país, o álcool também é tratado como uma droga de risco elevado, porém o uso é legal e controlado pelo governo (BRASIL, 2012).

Apesar de ser considerado em tese "ilegal" em decorrência dos tratados internacionais assinados pela Holanda, o indivíduo que é pego portando até 5 gramas de maconha no país não é punido. Além disso, lá é comum encontrar ambientes comerciais como Bares e Cafés que comercializam até 5g de maconha ou haxixe por pessoa, no interior desses estabelecimentos o consumo é tolerado, entretanto, consumir maconha em locais públicos é proibido e o indivíduo pego é punido (BRASIL, 2012).

Drogas consideradas de risco inaceitável tem o comércio, transporte e produção expressamente proibidos na Holanda. As penas podem chegar até 12 anos prisão junto com multas que podem atingir até 45 mil euros para indivíduos que forem pegos praticando algum desses delitos (BRASIL, 2012).

5 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE DROGAS POR MEIO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NO BRASIL: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEI 11.343/2006.

No Brasil nem a posse de drogas para consumo pessoal, nem o tráfico de drogas e descriminalizado. Contudo, a Lei 11.343 de 2006 não prevê a pena de detenção ou reclusão para o consumidor de entorpecentes, inclusive para casos de reincidência.

No país não existe critérios objetivos, ou seja, o critério de distinção entre a posse para consumo pessoal e a traficância não está especificado e a decisão fica por conta do juiz, com base no atual artigo 28, § 2º, conforme já especificado em linhas anteriores deste estudo.

Em 21 de junho de 2018, um ato do presidente da Câmara de Deputados, Rodrigo Maia instituiu uma “comissão de juristas responsável pela atualização da Lei de Entorpecentes, n. 11.343/2006, e do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas” (BRASIL,2018), composta por juristas e profissionais com conhecimento nesta área, sendo presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Cumprindo a meta estabelecida, em fevereiro de 2019 este grupo de trabalho apresentou ao presidente da Câmara de Deputados um anteprojeto de lei com as modificações julgadas pertinentes para a modernização da Lei 11.343/2006.

Em sua justificativa o relator do referido anteprojeto, Desembargador Ney Bello Filho, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, enfatizou a necessidade de alteração da legislação vigente, visto ser consenso que a atual política sobre drogas ilícitas não tem atingido seus objetivos de redução de crimes. Nesse sentido, o objetivo principal do anteprojeto, nas palavras do relator:

O presente trabalho oferecido ao Parlamento Brasileiro, com o objetivo de principiar a discussão legislativa para a revisão da Lei de Drogas, foi construído após 6 (seis) meses de intensos estudos, ricos debates, diversas oitivas de

expertos e audiências públicas de inúmeras entidades e instituições públicas da área, e tem por intenção adaptar o tratamento legal da questão às novas realidades sociais, adotando por balizas não apenas os estudos científicos e os comportamentos em sociedade, mas também as experiências internacionais de rigorismo ou de flexibilidade quanto ao uso, e de práticas estatais quanto ao usuário dependente ou não em drogas ilícitas, seja ele problemático ou de vida social normal (CONJUR, 2019).

São várias as propostas de atualização previstas no atual Anteprojeto de Lei, estando entre elas, a previsão de critérios mais objetivos para diferenciar usuários de drogas de traficantes, ou seja, a posse para consumo pessoal da traficância, visando sobretudo, combater o tráfico internacional e o financiamento desse setor, como já fazem inúmeros países.

Nesse sentido, propõe-se uma nova redação para o artigo 28 e a inserção do artigo 28 - Ana Lei n. 11.343/2006, inserindo-se os critérios objetivos para caracterização do consumo pessoal, a saber:

Art. 28. A aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento ou uso de drogas ilícitas, para **consumo pessoal, em quantidade de até 10 (dez) doses não constitui crime.**

§ 1º **Semear, cultivar ou colher até 6 (seis) plantas** das quais se possa extrair substância ou produtos conceituados como drogas ilícitas não constitui crime.

§ 2º O limite excedente a 10 (dez) doses previstas neste artigo será considerado para consumo pessoal, se em decorrência das condições em que se desenvolveu a ação, ficar caracterizado que a droga ilícita se destinava exclusivamente para uso próprio. (NR)

Art. 28-A. A aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento e uso de drogas ilícitas, bem como o semeio, o cultivo ou a colheita de plantas das quais se possa extrair substância ou produtos conceituados como drogas ilícitas não constituem crime quando praticados para os fins previstos no § 2º do art. 2º desta Lei, nos termos da

respectiva regulamentação (CONJUR, 2019, s/p) (sem grifos no original).

Importante destacar que a proposta de alteração legislativa também altera o atual artigo 29 da Lei Antidrogas e estabelece sanções administrativas que implicam em apreensão da droga e multa em caso de consumo em locais considerados inapropriados, *in verbis*:

Art. 29. São infrações administrativas:

I – consumir drogas ilícitas, até o limite estabelecido no art. 28 desta Lei, nas dependências ou imediações de instituições de ensino, creches, estabelecimentos prisionais ou penitenciários, unidades hospitalares, eventos esportivos ou culturais, prédios ou estabelecimentos públicos, nas vias públicas em geral ou a bordo de embarcações ou aeronaves;

II – consumir drogas ilícitas, até o limite estabelecido no art. 28 desta Lei, no mesmo ambiente, ou em local próximo visível, em que se encontre criança, adolescente menor de 18 (dezoito) anos, ou pessoa que por qualquer motivo tenha a sua capacidade de resistência, ou de autodeterminação e entendimento, diminuída ou suprimida.

III – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou consumir drogas ilícitas, em limite superior ao estabelecido no art. 28 desta Lei, desde que para exclusivo uso pessoal (CONJUR, 2019, s/p).

Em relação ao tráfico de drogas o anteprojeto propõe a alteração do artigo 33, desmembrando as várias condutas delitivas em vários outros artigos. Nesta nova proposta o artigo 33 seria subdividido em outros 12 artigos, efetuando-se a criação do artigo 33-A até 33-L, cujas redações seriam as seguintes:

Tráfico internacional de drogas ilícitas

Art. 33-A. Importar ou exportar drogas ilícitas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena: reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e multa de 800 (oitocentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Tráfico de drogas ilícitas

Art. 33-B. Remeter, transportar, preparar, produzir, fabricar, ministrar, entregar a consumo, adquirir para venda,

vender ou fornecer drogas ilícitas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena: reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e multa de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Exposição à venda, prescrição, guarda ou depósito de drogas ilícitas

Art. 33-C. Expor à venda, prescrever, guardar, ter consigo ou em depósito drogas ilícitas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar

Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa de 300 (trezentos) a 800 (oitocentos) dias-multa.

Transporte de drogas ilícitas por meio de terceiro instigado ou coagido

Art. 33-D. Transportar drogas ilícitas a pedido, por ordem ou coação, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa de 200 (duzentos) a 500 (quinhentos) dias-multa.

§ 1º Se o tráfico é internacional, as penas aumentam-se em um terço. § 2º O juiz poderá, nos casos de ordem ou coação, deixar de aplicar a pena ou diminuir a pena cominada de um terço até a metade se, em razão do transporte, o agente é obrigado a enfrentar perigo concreto a sua vida ou saúde, situação desumana ou degradante, ou qualquer forma de coação resistível.

Introdução de drogas ilícitas em unidade prisional

Art. 33-E. Introduzir, sem intuito de lucro, drogas ilícitas, em penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa de albergado, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, cadeia pública ou de unidade de internação, tratamento ou recuperação de criança ou adolescente, ou equivalente, para cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente em linha reta ou colateral até o terceiro grau.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa de 200 (duzentos) a 500 (quinhentos) dias-multa.

Tráfico de drogas ilícitas no interior de unidade prisional

Art. 33-F. Nos crimes dos art. 33-B, 33-C e 33-D, a pena é aumentada da metade se o fato é praticado no interior de penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa de albergado, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, cadeia pública ou de unidade de internação, tratamento ou recuperação de criança ou adolescente, ou equivalente.

Cultivo de plantas que sejam matéria-prima para drogas ilícitas

Art. 33-G. Cultivar ou colher, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, mais de (6) seis plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa de 300 (duzentos) a 800 (oitocentos) dias-multa.

Comércio de sementes para cultivo ou preparação de drogas ilícitas

Art. 33-H. Importar ou exportar sementes de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas ilícitas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena: reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa de 100 (cem) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Aquisição, venda, remessa, depósito e fornecimento de sementes de plantas que sejam matéria-prima para drogas ilícitas

Art. 33-I. Adquirir para venda, vender, expor à venda, e, ainda que gratuitamente, remeter, ter em depósito ou fornecer, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sementes de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas ilícitas.

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Oferta para uso compartilhado de drogas ilícitas

Art. 33-J. Oferecer doses de drogas ilícitas, eventualmente e sem intuito de lucro, para uso compartilhado, a imputável de seu relacionamento, em quantidade excedente a 10 (dez) doses por usuário:

Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) dias-multa.

Oferta para uso compartilhado de drogas ilícitas a inimputável

Art. 33-K. Oferecer drogas ilícitas, eventualmente e sem intuito de lucro, para uso compartilhado, a inimputável de seu relacionamento. Pena: reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa de 100 (cem) a 200 (duzentos) dias-multa.

Art. 33-L. Salvo prova em contrário da prática dos crimes previstos no artigo 33-A, 33-B, 33-C, 33-G, 33-H, 33-I e 33-J desta Lei, presume-se para uso ou consumo pessoal, a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte ou o porte de até 10 (dez) doses individuais de consumo e o plantio, a cultura e a colheita de até 6 (seis) plantas destinadas à preparação de drogas ilícitas.

Parágrafo único. Ultrapassada a quantidade indicada no caput, para determinar se a droga se destina ao comércio e à difusão ilícita, o juiz atenderá à natureza, à diversidade e à quantidade de substâncias apreendidas, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, bem como aos antecedentes do agente (CONJUR, 2019).

Como se percebe pela simples narrativa das alterações legislativas propostas, a modernização da Lei 11.343/2006 inclui a descriminalização do uso de drogas, estabelecendo critérios objetivos para a diferenciação entre a posse para consumo pessoal e a traficância, que inclusive terá suas penas agravadas em caso de financiamento e tráfico internacional.

O estabelecimento de critérios objetivos para diferenciação é, sem dúvida, o primeiro passo em uma política pública que vise não somente a punição, que inclusive tem se mostrado ineficiente, mas que considere que existem outros fatores

envolvidos que precisam ser considerados na repressão do uso de drogas que causam dependência, como a educação, a prevenção e um sistema de atendimento biopsicossocial.

Por fim, resta salientar que até o fechamento deste estudo o Anteprojeto de Lei proposto em fevereiro de 2019 na Câmara dos Deputados ainda não foi transformado em Projeto de Lei para que, assim, tivesse iniciado oficialmente o processo legislativo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a pesquisa, verificou-se que muito embora o discurso de repressão às drogas tenha motivações morais, a saúde pública tem sido utilizada como objeto de tutela simbólico no sistema penal. Ademais, a política proibicionista tem se mostrado ineficaz, uma vez que o número de presos por tráfico vem aumentando significativamente e a violência decorrente deste crime também.

A partir da análise empreendida, percebeu-se que a implementação da política proibicionista ao longo da história aliada ao descuido do legislador em não delimitar objetivamente o tipo penal de tráfico de drogas resultou em práticas arbitrárias tanto por parte do judiciário quanto por parte de policiais, práticas essas que provocaram e ainda provocam danos à sociedade.

Dentre os impactos sociais causados pela ausência de critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante, o presente trabalho constatou o encarceramento em massa, bem como a criminalização seletiva e desigual originada a partir das abordagens policiais.

Apesar de na Constituição Federal de 1988 estar consagrado o princípio da presunção da inocência, a prática processual demonstrou que o Poder Judiciário, sob a influência da política proibicionista repressiva, corriqueiramente tem atribuído à defesa o ônus de provar sua Inocência, desincumbindo o Ministério Público de seu dever de provar a culpa. Ainda que, apesar de a sentença estabelecer penas que permitiam a fixação de regime aberto ou semiaberto ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, os acusados ficariam presos preventivamente até a prolação da sentença.

Por essas razões, faz-se necessário repensar a política de drogas no Brasil, de modo a realizar um novo projeto, compatível com os princípios constitucionais da

legalidade e da dignidade da pessoa humana, bem como com os ideais do Estado Democrático de Direito. Para isso, um projeto antiproibicionista representa uma possível alternativa, pois além de reduzir os efeitos perversos que o controle penal de drogas tem causado, abriria um leque de opções para políticas inovadoras de maior eficácia.

Diante da problemática, somente a difusão do conhecimento sobre os métodos capazes de garantir a plena eficácia das técnicas processuais e médicas permitirá que policiais, membros do Ministério Público e magistrados compreendam melhor a importância das normas contidas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Nesse contexto, é verdadeiramente crucial que o aplicador da norma penal se valha da mais absoluta cautela ao atuar no enquadramento legal de um comportamento humano relacionado ao porte de drogas, a fim de se prevenir que não ocorra injustiças, pois efetivamente, um eventual erro de subsunção praticado por qualquer operador do direito, pode levar à consequência nefasta um vez que um fato considerado pelo direito vigente como um dos menos ofensivos de todo o ordenamento penal possa vir a ser tratado, ilegalmente, com uma das penas mais severas de todo o sistema jurídico brasileiro, somente inferior, nos tipos básicos, às dos gravíssimos crimes de homicídio, extorsão mediante seqüestro e falsificação ou corrupção de medicamentos.

Por fim, é importante demonstrar a eminente necessidade de novos paradigmas sócio jurídicos para o enfrentamento e realinhamento das políticas criminais concernentes ao uso e o tráfico de drogas, tendo em vista as consequências desse fenômeno no contexto social. Pois, a Lei deveria estabelecer critérios claros e objetivos para distinguir traficante e usuário, como, por exemplo, a quantidade de droga apreendida: a apreensão abaixo de uma determinada quantidade, perante a falta de qualquer outro critério, seria considerada para uso, enquanto uma quantidade acima do limite permitido seria presumida como tráfico.

7. REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: Aspectos Penais e Processuais Penais: Lei 11.343/06.** São Paulo: Método, 2007.

AVELINO, Vitor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas.** Disponível em
< <http://jus.com.br/artigos/14470/a-evolucao-da-legislacao-brasileira-sobredrogas#ixzz36N4Uk62l>> acesso em junho de 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas:** Comentários a lei 11.343/06 de 23 de agosto de 2006. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

BOITEUX, Luciana. **Controle Penal Sobre as Drogas Ilícitas:** o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

BRASIL. Anvisa. **Portaria Nº 344, de 12 de maio de 1998.** Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Alteração: Atualizada pela Resolução-RDC 249, de 05/09/2002, publicada no D.O.U. de 06/09/2002. Revogada parcialmente pela Resolução-RDC nº 201, de 18/17/2002 e alterada pela Resolução-RDC nº 249, de 05/09/2002. Disponível em: < <http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em: 20 de mar. de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados - Congresso Nacional. **Decreto Nº 4.294, de 6 de julho de 1921.** Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substancias venenosas; estabelece as fórmulas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários. Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/7/1921. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>>. Acesso em: 20 de nov. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação:** ato do presidente de 21/06/2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/int/atoprt_sn/2018/atodopresidente-57870-21-junho-2018-786886-publicacaooriginal-155895-cd-presi.html>. Acesso em 26/05/2019.

BRASIL. Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 11.343/2006 (Lei Ordinária) 23/08/2006**. 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.

BRASIL. Congresso Nacional. **Anteprojeto de Lei** - Comissão de Juristas responsável pela atualização da Lei de Entorpecentes. Atualiza a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juristas-apresentam-anteprojeto-alterar.pdf>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 780 de 28/04/1936**. Cria a comissão permanente de fiscalização de entorpecentes. Publicação Original [Coleção de Leis do Brasil de 31/12/1936 - vol. 001] (p. 409, col. 1). Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/norma/389380>>. Acesso em: 03 de dez de 2018.

BRASIL. **Diário da República**. 1.^a série-B. Nº 73 (26/03/1996), 611-613. Recuperado de: Exames periciais necessários à caracterização do estado de toxicodependência.

BRASIL. Ministério da Justiça: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

BRASIL. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei n. 891, de 25 de novembro de 1938**. Aprova a Lei de fiscalização de entorpecentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm>. Acesso em: 02 de dez de 2018.

BRASIL. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 7.170, de 14 de dez. de 1983.** Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em: 02 de dez de 2018.

BRASIL. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 6.368, de 21 de outubro de 1976:** Revogada pela Lei nº 11.343, de 2006. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2019.

BRASIL. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2019.

BRASIL. Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei N.10.409, de 11 de janeiro de 2002:** Revogada pela Lei nº 11.343, de 2006. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm>. Acesso em: 02 de mar. de 2019.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria-Geral da Mesa. Secretaria de Informação Legislativa. **Decreto nº 24.505 de 29/06/1934.** Modifica os artigos 1,3,5,14,22,25,26 e 58, do decreto 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/norma/446882>>. Acesso em: 03 de dez. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **As drogas na Holanda.** Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia->

quimica/mundo-e-as-drogas/as-drogas-na-holanda.aspx >. Acesso em: 02 de mar. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Voto - Descriminalização - Versão 09 Definitiva - RE 635.659-RG – Rel. Min. Gilmar Mendes Voto-Vista Min. Edson Fachin.** Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>.
Acesso em: 02 de mar de 2019.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão; MENDONÇA, Andrey Borges de.. **Lei de drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2016** comentada artigo por artigo. 3ª ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; são Paulo: MÉTODO, 2012.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de Drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEPENDÊNCIA QUÍMICA EM DISCUSSÃO. Disponível em
:<[http://www.senado.gov.br/Noticia/jornal/Em discussão/dependência química/mundo-e-as-drogas.aspx](http://www.senado.gov.br/Noticia/jornal/Em_discussao/dependencia_quimica/mundo-e-as-drogas.aspx)>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

FREITAS, J. W. A. **questão da descriminalização do crime de porte de entorpecentes e o novo conceito de crime.** Rio Grande, n. 38, 28 fev. 2007. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link= revista_ artigos_leitura&artigo_id =3412](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3412)>. Acesso em: 01 de mar. de 2019.

JUSTIFICATIVA RELATOR LEI DROGAS. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/dl/justificativa-relator-lei-drogas.pdf> >. Acesso em: 04 de abr. de 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas:** lei 11.343, de 23 de agosto de 2016. comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; são Paulo: MÉTODO, 2012.

NORONHA, Cristiano Ávila. **Drogas:** Aspectos Jurídicos e Criminológicos: in: CRPSP/XIII Plenário. Álcool e outras drogas. 1ª edição. São Paulo, 2012. P.51-59.

Portaria nº 94/96 de 26 de março - Define os procedimentos de diagnóstico e das

Resolução 67/193 da Assembleia Geral da ONU. (2) Guzmán Rodríguez, Esther et alii (2012).

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SATYRO, Rebeca Godoi de Medeiros. **Os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela lei n. 11.343/06: uma análise dos impactos sociais causados pela política proibicionista**. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, 2016.. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16208/1/2016_RebecaGodoidedeMedeirosSatyro_tcc.pdf>. Acesso em: 01 de mar. de 2019.

SAMPAIO, Cassiano. **Analgésico a base de maconha é liberado no Canadá**. Disponível em: <http://www.saudeemmovimento.com.br/reportagem/noticia_print.osp?cod_noticia=1799>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

SCURO, P. et al. Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Org.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, v. 1, p. 543-567.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Drogas: uma nova perspectiva**. Instituto Brasileiro de Ciências criminais (IBCCRIM), 2014.

SZABÓ, Ilona. **Drogas: as histórias que não te contaram**/IlonaSzabó com Isabel Clemente; [prefácio DráuzioVarella]. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

URUGUAI aprova legalização do cultivo e venda da maconha. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portugueses/noticias/2013/131210_uruguai-aprova.maconha_mm em:25 nov.2014>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

URUGUAI: veja como funcionará a produção e venda de maconha. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131210_maconha_legalizacao_uruguai_lgb>. Acesso em: 20 de abr. de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: v.1: parte geral. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

^[1] Professora Mestre na Faculdade Serra do Carmo - FASEC, nas disciplinas de Direito Penal e Prática Jurídica Criminal. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da FASEC. Advogada Criminalista. E-mail: cdmezzaroba@gmail.com

LEI ESTADUAL Nº 3.361/2018 E A PROIBIÇÃO DA APREENSÃO DE VEÍCULOS EM VIRTUDE DE NÃO PAGAMENTO DO IPVA

ELISANGELA PEREIRA DA SILVA:

Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

RAMILLA MARIANE SILVA CAVALCANTE ^[1]

RESUMO: O artigo aborda aspectos da Lei Estadual n. 3.361/2018 e sobre a apreensão de veículos em virtude de não recolhimento do IPVA. O objetivo foi de compreender as relevâncias que a Lei n. 3361/2019 pode trazer a partir do não recolhimento, nos casos de apreensão ou retenção dos veículos. Recentemente foi sancionada no Estado do Tocantins a Lei que está gerando debates pela população tocantinense. Trata-se da Lei Estadual nº 3.361/2018, de autoria do então Deputado Estadual Wanderlei Barbosa, atualmente vice-governador do Estado do Tocantins, que proíbe apreensão de veículos exclusivamente por débito referente ao Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Para a realização do estudo utilizou-se pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa. O projeto teve sua apresentação no início do ano de 2017 e aprovado em fevereiro de 2018. De acordo com o texto da Lei, não haverá mais recolhimento de veículos automotores no Estado do Tocantins, nem retenção ou apreensão do veículo simplesmente pela constatação do não pagamento do IPVA, com exceção se existir outra hipótese de recolhimento ou retenção prevista no Código de Trânsito Brasileiro, Lei Federal nº 9.503/97 ou em outra legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Estado do Tocantins; IPVA; Recolhimento; Retenção.

ABSTRACT: The article addresses aspects of Law no. 3,361 / 2018 and on the seizure of vehicles due to non-payment of the IPVA. The objective was to understand the relevance that Law no. 3361/2019 can bring with it from the non-collection, in cases of seizure or retention of vehicles. Recently the Law that is generating debates by the people of Tocantins was sanctioned in the State of Tocantins. This is State Law 3,361 / 2018, authored by State Representative Wanderlei Barbosa, which prohibits seizure of vehicles exclusively by debit relating to the Tax on Ownership of Motor Vehicles (IPVA). For the accomplishment of the study we used bibliographical research of qualitative nature. The project was presented at the beginning of 2017 and approved in February 2018. According to the text of the Law, there will be no more collection of motor vehicles in the State of Tocantins, nor retention or seizure

of the vehicle simply by the non-payment of IPVA, except if there is another possibility of collection or retention provided for in the Brazilian Traffic Code, Federal Law 9,503 / 97 or other legislation.

KEYWORDS: State of Tocantins; IPVA; Gathering; Retention.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de estudo bastante debatido em relação a sanção da Lei Estadual nº 3.361, de 4 de abril de 2018, no Estado do Tocantins, que acrescentou o § 2º-A ao inciso III do Artigo 79-B da Lei Estadual n. 1.287, de 28 de dezembro de 2001, alterando o Código Tributário do Estado do Tocantins, o qual passamos a saber “§ 2º-A Não haverá recolhimento, retenção ou apreensão do veículo pela identificação do não pagamento do IPVA [...]”

Alteração essa que está causando bastante confusão aos cidadãos de todo o Estado do Tocantins detentores de veículos automotores que se encontram com o seu imposto atrasado, até porque a sua interpretação deixa um ar duvidoso quanto a sua legalidade.

O IPVA – Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores é um imposto de competência do Estado. Já o licenciamento e seguro DPVAT, competência da União. O seguro DPVAT é obrigatório a todos os proprietários de veículos automotores terrestres que estejam sujeitos a licenciamento. Tanto o licenciamento anual e o DPVAT são retidos para que os motoristas obtenham a licença para o veículo transitar legalmente.

O lançamento do IPVA é realizado anualmente, independente do pagamento do exercício anterior, conforme normas estabelecidas no Código Tributário do Estado do Tocantins. No entanto, a competência para modificar ou alterar os procedimentos administrativos quanto às formas legais e disciplinares quanto a legislação de trânsito e transportes é matéria privativa da União, conforme dispõe o art. 22, XI da Constituição Federal da República de 1.988.

O Código de Trânsito Brasileiro por meio da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, traz no seu art. 230, V, o seguinte:

Art.230. Conduzir o veículo:

[...] V – que não esteja registrado e devidamente licenciado.

Art. 659-92 também depreende: conduzir veículo registrado que não esteja devidamente licenciado. Porém, não especifica claramente que o IPVA seja requisito para que os veículos automotores estejam regularizados e licenciados. (BRASIL, 1997).

Com isso, o trabalho busca analisar as alterações trazidas pela Lei Estadual n. 3.361/2018 e sua fundamentação jurídica. A problemática consiste na seguinte: Qual é a fundamentação jurídica da Lei Estadual nº 3.361/2018?

O objetivo do presente estudo consiste em compreender as relevâncias que a Lei n. 3.361/2019 pode trazer a partir do não recolhimento, nos casos de apreensão ou retenção dos veículos. Os objetivos específicos foram: abordar sobre a legislação tributária nacional e os princípios constitucionais; definir acerca de tributos e taxas e discorrer sobre a Lei n. 3.361/2018 que trata da proibição da apreensão de veículos devido ao não recolhimento do IPVA e sua competência.

A metodologia foi traçada a partir dos métodos exploratório, descritivo e dedutivo. A técnica empreendida foi pesquisa bibliográfica, com análise de obras jurídicas, legislação, artigos científicos e demais fontes de consulta impressas e virtuais. A pesquisa bibliográfica, segundo Oliveira (2001) busca responder a questões singulares, sem a pretensão de mensurar dados, categorias ou gêneros. Preocupa-se com a realidade, muito importante para as ciências sociais, com o lado subjetivo e não com o quantitativo. Todos os dados coletados foram apresentados de forma descritiva.

Sendo assim, fica notório que tudo que se propôs na Lei Estadual n 3.361/2018, já existia de fato, e vem sendo cumprido à risca pelos órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Trânsito.

O que não existia, era a informação de que o IPVA Estadual não está inserido na legislação CTB/União (Art. 230), que se refere ao licenciamento e seguro obrigatório por parte do Estado. A cobrança do IPVA como imposto tem sido consolidada há anos, isto porque a falta de arrecadação pode causar bastantes

perdas aos cofres públicos tanto do Estado quanto dos Municípios, uma vez que é rateado 50% a cada ente detentor de veículos registrados em seus municípios.

2 LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA NACIONAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

TRIBUTÁRIOS

2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em nível federal o IPVA surgiu por meio da Emenda Constitucional n. 27, de 28 de novembro de 1985 que delegou aos estados e Distrito Federal competência para criar imposto de propriedade de veículos automotores. A Emenda foi ratificada pelo art. 155, III, da Constituição Federal de 1988.

Por força desta permissão constitucional os Estados brasileiros elaboraram leis no sentido de instituir a exigência da cobrança do IPVA.

Com relação aos princípios constitucionais tributários, também estão elencados no art. 150 da Constituição Federal de 1988. Segundo Oliveira (2016), os princípios constitucionais tributários têm como finalidade de proteger, limitar o poder de tributar e proibir ou vedar as pessoas jurídicas de direito público a cometer abusos contra o contribuinte.

Machado explica que:

[...]tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do poder. Em fase do elemento teológico, portanto, o intérprete, que tem consciência dessa finalidade, busca nesses princípios a efetiva proteção do contribuinte (MACHADO, 2016, p. 37).

De acordo com o citado acima, os princípios têm como finalidade proteger o contribuinte. Os princípios constitucionais são elementos de proteção do cidadão em relação ao poder público.

Conforme Pêgas (2017, p.24) “[...] os princípios constitucionais tributários prevalecem sobre todas as normas jurídicas, sendo que as mesmas somente são válidas, se editadas em rigorosa consonância com eles”.

Os princípios constitucionais tributários predominam sobre todas as normas do direito tributário e poderão ser incontestáveis se editadas em conformidade com os princípios. Segundo Sabbag (2016), a União, Estados, Municípios e Distrito Federal só poderão criar ou aumentar um tributo por meio de lei que estabeleça o mesmo. A lei apta a criar um tributo é a Lei ordinária ou Lei comum.

Conforme Pêgas (2017), os entes tributantes poderão exigir ou aumentar tributos somente através de leis que os estabeleça. Assim, não sendo permitido através de fontes secundárias como, instruções normativas, decretos, portarias e atos declaratórios.

O princípio da isonomia proíbe a forma de tratamento desigual para com os contribuintes, pois perante a lei todos são iguais, da mesma forma é proibida a diferenciação em razão de ocupação de cargo, para sua qualificação profissional e muito menos para os seus rendimentos.

Segundo Pêgas:

[...] é proibido instituir tratamento desigual entre contribuintes com situação equivalente, sendo proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (PEGAS, 2017, p. 27).

Conforme citado acima e de acordo com o princípio da isonomia é proibido à desigualdade perante a lei e, além disso, é vedado estabelecer tratamento desigual entre os contribuintes. Devendo ser tratados de modo igual, sem distinção de função de profissão ou cargo, independente dos rendimentos e de qual quer outro fato.

De acordo com Oliveira (2016), o princípio da igualdade assegura ao contribuinte um tratamento igual entre os que se encontrem em situação semelhante e desigual para aqueles que estiverem em situação diferenciada. Ou seja, uma pessoa que recebe um salário mínimo será tratada de forma tributária diferente das outras demais que recebem vinte, trinta salários em um mês.

Conforme Brasil (1988), art. 150, inc. III, da Constituição Federal de 1988, o princípio da irretroatividade consiste em proibir à união, os estados, ao Distrito Federal e aos municípios cobrar tributos antes do início da vigência da lei que houver instituído ou aumentado.

De acordo Pêgas (2017, p. 25) “[...] é proibido cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da que os houver instituído ou aumentado”. Segundo citado pelo autor é vedado o poder público cobrar impostos com relação aos fatos geradores sucedido anteriormente o da vigência da lei tributária que instituiu ou aumentou.

Segundo Ávila (2017), a segurança jurídica está ligada aos princípios da irretroatividade, onde a pessoa física ou jurídica fica protegida da aplicação da lei tributária em relação aos fatos pretéritos, e ao princípio da anterioridade, onde contribuinte fica preparado, ciente da aplicação da norma em relação aos fatos futuros.

Quanto ao princípio do não confisco tributário está previsto no art. 150, inc. IV, *in verbis*: “[...] sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios [...] Utilizar tributo com efeito de confisco”. Em outras palavras, este princípio limita as ações do Estado em tributar, configurando-se, muitas vezes, invasão do poder público nos bens de terceiros.

2.2 CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A lei n 5.172/66 do Código Tributário Nacional dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. De acordo Curia et al. (2015, p. 714) o art. 96 da Lei n. 5.172/66 aduz que a expressão legislação tributária diz respeito às leis, tratados e convenções que tratem sobre os tributos, assim como as relações jurídicas a que pertencem.

A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a ele pertinentes.

Conforme o que diz Machado (2016), o art. 96 do Código Tributário Nacional utiliza-se o sentido amplo e o sentido restrito das leis, ou seja, não tem o sentido de restringir o conceito de legislação tributária, sim abranger e mostrar a amplitude das leis tributárias.

Segundo Fabretti (2016) a frase do art. 96 do CTN que diz “versem no todo ou em partes”, fala que há leis que comentam somente de tributos e relações jurídicas que seja relacionado a eles, mais existe também outras leis que não falam apenas de uma matéria, mais que comentam também em partes de tributos.

O CTN se refere ao tributo lançado em determinado período e gênero, sendo que o IPVA é uma das espécies. De acordo com o art. 5 do CTN o contribuinte do imposto é o proprietário do veículo, no entanto, quem responde enquanto contribuinte é quem for o dono em determinado período. O proprietário do veículo e responsável pelo pagamento do IPVA é aquela em que o legislador escolheu no critério temporal e que gerou o fator gerador.

Assim, o fator gerador, conforme o CTN incide sobre a propriedade e não a posse de veículos automotores rodoviários. O IPVA é cobrado pelo Estado por meio de registro do veículo desde sua aquisição ao consumidor final.

2.3 LEGISLAÇÃO ESTADUAL

Em se tratando da legislação estadual, a Lei n. 3.361, de 4 de abril de 2018 prevê a proibição de apreensão de veículos automotores devido ao não pagamento do IPVA. Mais recentemente foi sancionada a Lei n. 3.450, de 11 de abril de 2019, que dispõe sobre a vedação de cobrança do IPVA após a comunicação de venda do veículo.

De acordo com o art. 1 da Lei n. 3.450/2019:

Nos termos do art. 134 da Lei Federal nº 9.503, de 22 de setembro de 1997, fica vedada a cobrança do Imposto sobre Propriedade de Veículos automotores - IPVA do proprietário de veículo automotor, após a comunicação de venda do veículo devidamente protocolizada.

A presente Lei tem como objetivo resguardar os direitos dos cidadãos, garantindo que comunicada a venda de seu veículo, no prazo de 30 (trinta) dias,

junto ao órgão responsável (DETRAN), cadastrando corretamente os dados do comprados, não possua mais nenhum vínculo com o veículo em caso de qualquer tipo de infração, o ex-proprietário do veículo deixa de ser responsável direto. Neste caso, a cobrança do IPVA só será isentada se for realizado o procedimento do comunicado de venda.

3. TRIBUTOS

3.2. TRIBUTO E SUAS ESPÉCIES

Pode-se dizer que o tributo se relaciona com algo concedido por obrigação ou necessidade. Curia et al (2015, p.714) que menciona o Código Tributário Nacional, art. 3º "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada". Ou seja, para que os tributos possam ser cobrados pela Administração Pública precisam estar previstos em leis.

Segundo Sabbag (2016), o tributo é uma prestação pecuniária, pois representa a natureza exclusiva do pagamento do crédito tributário em dinheiro ou cheque e é uma prestação compulsória, uma vez que tem caráter de obrigatoriedade. Conforme Pêgas (2017), o tributo é uma contribuição monetária, cujo valor nela se possa exprimir, uma vez que o pagamento só poderá ser realizado em moeda oficial do Brasil, não podendo de nenhuma forma ser realizado em bens ou serviços.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão regular os tributos, tais como impostos, taxas e contribuição de melhorias. Conforme Pêgas (2017), os tributos podem ser divididos em duas espécies, vinculados e não vinculados. Os vinculados são os tributos que tem vínculo entre a arrecadação e a prestação de serviços pelo Estado e os não vinculados não possuem relação entre a arrecadação com a prestação de serviços do poder estatal. São exemplo de vinculados as taxas e contribuições especiais e de não vinculados, os impostos em geral.

Segundo Ávila (2017), o tributo é gênero de várias espécies que existem, como impostos, taxas e contribuições de melhorias. A função dos tributos não é

apenas de natureza fiscal, embora seja necessário para a manutenção da entidade política e das funções essenciais da sociedade; algumas espécies de tributos atribuem-se a natureza extrafiscal, que tem intenção de estimular ou desestimular o uso ou consumo de determinados produtos e de proteger a balança comercial, etc.

3.1.1. Impostos

Imposto é um valor que o cidadão deve recolher diretamente ao Estado, uma imposição imposta pelo Estado para que seja possível equilibrar as contas públicas como um todo, exemplo de imposto é IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano).

Segundo Sabbag (2016, p.72) “[...] trata-se de tributo não vinculado à atividade estatal, mas que se refere à atividade do particular, estando restrito ao âmbito privado do contribuinte”.

Os impostos são classificados em: impostos sobre o comércio exterior, imposto sobre o patrimônio e a renda, imposto sobre a produção e a circulação, imposto especial, pessoais ou reais, progressivos ou regressivos, diretos ou indiretos, cumulativos ou não cumulativos e fixos ou variáveis.

Sobre o assunto discorre Ávila:

O objeto do imposto deverá ter conteúdo econômico que permita aferir a capacidade contributiva do sujeito passivo. Assim, o imposto sobre a renda, a propriedade urbana, propriedade rural, o imposto sobre serviços, todos eles são exigidos sem que exista alguma atuação estatal correspondente, mas revelam a capacidade econômica do contribuinte suportá-lo (ÁVILA, 2017, p. 95).

Desta forma, compreende-se que o imposto terá de ter um valor financeiro regular com a competência contributiva do cidadão contribuinte. Desta maneira todos os impostos são determinados sem que não tenham nenhuma ação estatal condizente, mas apenas a capacidade econômica do sujeito ativo de arcar com o tributo.

Segundo Pêgas (2017), esta definição desvincula totalmente o imposto pago do serviço prestado ao próprio contribuinte sobre qual o recai o ônus. O IPTU

pago por um morador de um edifício de luxo localizado no Leblon, zona sul do Rio de Janeiro, não será destinado, necessariamente, para obras no mesmo bairro, podendo ser direcionado para diversos outros fins.

Outro importante imposto é o IPVA – Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores é cobrado sobre veículos, anualmente, pelos governos estaduais e Distrito Federal. O IPVA está previsto no art. 155 da Constituição Federal Brasileira, inc. III: “propriedade de veículos automotores”.

De acordo com Guedes (2014) o IPVA está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1967, pois, o Código Tributário criado anteriormente, em 1965, não dedicou espaço para tratar sobre o IPVA. Ainda hoje inexistente norma específica para tratar de aspectos como fato gerador, base de cálculo e relação jurídica sobre o IPVA.

O IPVA foi criado para substituir a então Taxa Rodoviária Única – TRU que incidia sobre os veículos terrestres registrados em âmbito federal. Sobre o assunto Barreto afirma:

O nascimento do IPVA deu-se com o intuito de extinguir a Taxa Rodoviária Única cobrada pela União, conhecida como TRU, a qual tinha como objetivo angariar renda para construção e conservação de rodovias no Brasil inteiro, proporcionando uma maior qualidade de acesso dentro do território (BARRETO, 2012, p. 115).

Com o tempo e como a construção das rodovias brasileiras já haviam sido concluídas, a Taxa Rodoviária Única deixou de ser cobrada por força da Emenda Constitucional 27/85 surgindo, então, o imposto sobre a propriedade de veículos automotores.

Este imposto, ao contrário do IPTU, não se destina ao uso coletivo, como construção de avenidas, ruas, melhorias das vias etc, conforme disposto por Barreto (2012). O objetivo do IPVA é exclusivamente fiscal e, de acordo com Barreto (2012, p.103) “[...] sendo objeto de livre distribuição orçamentária, ou seja, não há vinculação com a conservação de estradas” o destino é para a concretização de fins públicos.

Quanto a propriedade de veículos aéreos e náuticos, em decisão do Supremo Tribunal Federal, ficou decidido que o IPVA incide somente aos veículos terrestres, conforme relata Alexandre (2013, p.615):

Na análise, o relator do Acórdão, Ministro Sepúlveda Pertence, transcreveu longo e notável parecer do Ministério Público Federal em que se fez uma análise histórica do tributo e verificou que o mesmo foi criado em substituição à extinta Taxa Rodoviária Única, de modo que seus aspectos conceituais deveriam ser tomados em harmonia com o tributo extinto, inclusive no que concerne à incidência exclusiva sobre veículos terrestres.

Além do mais, vale a pena ressaltar que de acordo com o art. 158, III quanto as receitas obtidas com o IPVA, 50% é destinada aos municípios em que o veículo se licenciar, excluídas aeronaves e embarcações. Em função de alguns Estados persistirem na cobrança do IPVA a aeronaves e embarcações, o STF em decisão proferida pelo Min. Cezar Peluso, em 2014, apresenta-se o julgado que visou pacificar de forma definitiva a questão:

O IPVA foi criado em substituição à Taxa Rodoviária Única (T.R.U.), como demonstram os trabalhos preparatórios e justificações do Congresso Nacional. Sua instituição foi motivada por razões de "distribuição mais equitativa do produto da arrecadação do novo imposto, em benefício dos Estados e Municípios", e não visou elástico o âmbito material de incidência pertinente ao tributo substituído, para alcançar novas áreas reveladoras de capacidade contributiva [...] A definição do alcance da expressão "veículos automotores", que deve ser tomada em sua acepção técnica, abrange exclusivamente os veículos de transporte viário ou terrestre; escapam de seu alcance, pois, as aeronaves ("aparelho manobrável de voo, apto a sustentar e circular no espaço aéreo mediante reações aerodinâmicas e capaz de transportar pessoas e coisas", de acordo com a legislação aeronáutica) e embarcações. Se houvesse pretendido abrangê-las o constituinte teria sido específico (STF - RE: 379572 RJ, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 11/04/2007,

Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-04 PP-00870) (BRASIL, 2014).

A respeito do lançamento do IPVA ocorre por ofício, e o sujeito passivo é o proprietário do veículo, que sempre será notificado pelo não pagamento, seja por meio de Diário Oficial do Estado ou pelos correios. No caso, o proprietário do veículo será notificado e penalizado, tendo seu nome inscrito na Dívida Ativa pelo não recolhimento do imposto.

3.1.2. Taxas

De acordo Ávila (2017), as taxas são conceituadas como tributos vinculados, pois são ligadas à uma determinada atividade ou uma atuação desempenhada pelo estado em relação ao contribuinte.

Segundo Sabbag (2016, p. 74):

[...] é o tributo que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição.

Segundo citado acima a taxa é um tributo que se refere à atividade pública, regulada pelo poder de polícia ou serviço público e posto a serviço do cidadão se precisar. Em conformidade ao que diz Ávila (2013), as taxas de polícias são cobradas pela polícia administrativa, não podendo ser pela polícia judiciária ou de manutenção da segurança pública. As taxas cobradas visam de uma forma limitar as liberdades e as vontades de uma pessoa.

De acordo com Pêgas (2017), a taxa de polícia é utilizada no sentido de limitar e disciplinar as atividades públicas como segurança, higiene, tranquilidade pública, boa ordem, respeito aos direitos individuais ou coletivos. Segundo Ávila (2017), as taxas de serviço público visam de uma de uma forma remunerar o poder público pelo trabalho prestado para seu contribuinte que necessitou dos seus serviços prestados. Podemos citar à incidência de taxas de serviços, na limpeza pública, na conta de água.

3.3. ASPECTOS DA COMPETÊNCIA FEDERAL X ESTADUAL

Segundo Ávila (2017), a competência tributária traduz o poder atribuído pela Constituição Federal à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para criar e mudar a legislação tributária. Apenas os administradores do poder público é que possuem autoridade para instituir os tributos.

De acordo Oliveira (2016), os tributos de competência à União instituir são sobre, a importação de produtos estrangeiros, exportação de produtos nacionais, renda e proventos de qualquer natureza, produtos industrializados, propriedade territorial rural, grandes fortunas, operação de crédito, câmbio e seguro, relativas a títulos ou valores imobiliários.

Conforme Ávila (2017), os impostos de atribuição aos Estados e ao Distrito Federal a instituição são apenas três, o imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quais quer bens ou direitos (ITCD), o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS) e o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA).

Segundo Machado (2016), a Constituição Federal confere aos Municípios e ao Distrito Federal autoridade para instituir o imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU), imposto sobre a transmissão inter vivos (ITBI) e o imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISS).

3. A LEI ESTADUAL N. 3.361, DE 4 DE ABRIL DE 2018 E A PROIBIÇÃO DA APREENSÃO DE VEÍCULOS EM VIRTUDE DE NÃO PAGAMENTO DO IPVA

A Lei n. 3.361, de 4 de abril de 2018 alterou a Lei n. 1.287, de 28 de dezembro de 2001 que tratava acerca do Código Tributário do Estado do Tocantins, a qual é apresentada a seguir enfatizando os pontos mais relevantes.

3.1. DA LEI

De acordo com o texto da Lei Estadual nº 3.361/2018, art. 2º, § 2º:

Não haverá recolhimento, retenção ou apreensão do veículo pela identificação do não pagamento do IPVA, exceto

se existir outra hipótese de recolhimento ou retenção prevista na Lei Federal nº 9.503/97 ou em Lei Estadual vigente.

De acordo com o site de notícias Conexão Tocantins ao encaminhar o projeto para sanção do governador, o então Deputado Estadual pelo Tocantins, Wanderlei Barbosa se justificou dizendo que o Estado não pode reter, apreender ou confiscar para obrigar o proprietário a pagar o imposto devido, antes de dar condições ao contribuinte para que venha saldar seu débito, e tenha ampla defesa e o contraditório previstos na Constituição Federal de 1988.

No entanto, a lei, não inclui os casos de veículos com licenciamento atrasado, cuja obrigatoriedade e apreensão deverão continuar no caso de atraso, no pagamento.

Pois bem, parte daí o grande problema enfrentado pelos contribuintes possuidores de veículos automotores no Estado do Tocantins, uma vez que, ao invés de criar um mecanismo na lei para desvincular os referidos tributos (IPVA e Taxa de Licenciamento), os contribuintes têm enfrentado o mesmo problema anterior a edição da lei.

De acordo com os arts. 128 a 131 do Código de Trânsito Brasileiro o Certificado de Registro de Veículo – CRLV só pode ser emitido quando inexistirem débitos fiscais, multas de trânsitos e ambientais vinculados. O licenciamento se inicia a partir do momento em que todos esses débitos estiverem quitados

Tendo em vista que, ao pagar a Taxa de Licenciamento, o Detran/TO não desvincula os dois tributos e não fornece o CRLV aos contribuintes proprietários de veículos, deixando os mesmos aparentemente ilegais mediante uma fiscalização de trânsito.

Segundo Oliveira (2018) o Governo possui outros mecanismos legais para a cobrança de tributos, a exemplo da inscrição em dívida ativa e da execução fiscal, sem apreender bens de pessoas que trabalham, mas sim veículos que estão com mandado de apreensão, roubados ou que se encontra em desacordo com o Código

Oliveira (2018) para o Deputado Wanderley Barbosa entrevistado na reportagem apresentada no site da Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins,

defendeu o seguinte: “Devemos manter a tolerância neste momento de crise, pois muitos contribuintes atrasam o pagamento de impostos por dificuldades financeiras, apesar da intenção de manter tais despesas em dia.”

Desta forma observa-se que somente o pagamento do licenciamento anual, sem que haja o recolhimento do IPVA, não existe possibilidade de se obter o CRLV. Assim como acontece no Estado do Tocantins, em vários outros estados da nação brasileira, essas práticas abusivas têm ocorrido com frequência, e as penas aplicadas aos proprietários são a não liberação do documento necessário para circulação do veículo até a sua quitação total.

No entanto, observa-se que o instituto da remoção dos veículos abordados em blitz não pode ser removido pelo atraso do IPVA, que em muitas das vezes são confundidos pelos proprietários dos veículos quanto da sua remoção, até porque se confunde por estes dois tributos (Licenciamento e IPVA) estarem atrelados, enquanto um se trata de uma taxa de licenciamento anual, o outro se refere ao imposto sobre a propriedade que também é anual.

Tal ação contraria ainda a Súmula 323 do STF, “É inadmissível a apreensão do veículo como meio coercitivo para pagamento do IPVA”. É importante se ater na legislação que em momento nenhum se condicionou a remoção do veículo ao pagamento do imposto, e sim da taxa de licenciamento anual, apesar de que no artigo 131, § 2º do CTB dispõem claramente a respeito, é bom salientar que, quando se trata de tributos, devemos entender que estamos nos relacionando a todos os encargos financeiros impostos ao proprietário do veículo, como impostos, taxas e multas. E as medidas administrativas vêm por consequências da não quitação.

Esta cobrança não pode continuar sendo feita dessa forma, pois os órgãos de trânsito que providenciam a licença e as receitas estaduais se aliaram para cobrar o pagamento integral, o que resulta num desrespeito claro às normas constitucionais.

A lei não permite que o tributo seja utilizado como sanção de ato ilícito, motivo pelo qual desde a definição legal do artigo 3º do CTN, o legislador cuidou de positivar de forma muito clara a definição de tributo afastando tal possibilidade.

Vê-se que o tributo não tem como fato gerador o ato ilícito. Por outro lado, o Código de Trânsito Brasileiro em seu art. 230, V, prevê como infração de trânsito

gravíssima “conduzir veículo que não esteja registrado e devidamente licenciado”, punindo o cidadão com uma penalidade pecuniária – imposição de multa – e apreensão do veículo complementada com a remoção do veículo como medida administrativa.

Ocorre que a própria lei é quem relaciona o licenciamento à quitação de débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito, nos termos do parágrafo segundo do art. 131, do CTB (Código de Trânsito Brasileiro), fazendo com que a fundamentação citada seja esvaziada, pois só se pode licenciar se houver sido pago o IPVA.

E quanto a apreensão do veículo, prevista no inciso VI do artigo 256 e, ainda, o disposto no art.262, ambos do CTB, encontram-se revogados pela Lei 13.281/2016, entretanto, este dispositivo legal não retirou o termo “apreensão do veículo” das infrações que previam esta penalidade, o que suscitou dúvidas nos Agentes de Trânsito.

Conforme acima, não há como impor a sanção de penalidade, assim sendo e, no âmbito de suas competências, o Agente de Trânsito deve adotar, apenas, a medida administrativa correspondente, qual seja de remoção do veículo, aplicável tão somente se a irregularidade não for sanada no local da infração e/ou abordagem.

Logo, não pode o Fisco, sob a alegação de que não houve o recolhimento do IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), apreender, reter ou recolher o automóvel. Em virtude do não recolhimento do IPVA, haverá conforme menciona a Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, execução judicial para cobrança em Dívida Ativa em nível da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (ART. 1º).

De acordo com o art. 2º da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na [Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964](#), com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Além do mais, a Fazenda Pública pode apreender mercadorias, entretanto, a apreensão do veículo por falta de pagamento do IPVA deve obedecer aos limites constitucionais, visto que nos Entes Federados não podem exercer seu poder de polícia administrativa como forma de compelir o contribuinte ao pagamento do tributo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão, no presente trabalho analisou a Lei Estadual nº 3.361, de 4 de abril de 2018 no Estado do Tocantins, que acrescentou o § 2º-A ao inciso III do Artigo 79-B da Lei Estadual n. 1.287, de 28 de dezembro de 2001, alterando o Código Tributário do Estado do Tocantins, impedindo o recolhimento, retenção ou apreensão do veículo pela identificação do não pagamento do IPVA.

O tributo do IPVA – Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores tem como esboço a arrecadação de receita para a consecução dos fins públicos, tendo explícita previsão legal na Constituição de 1988.

O seu inadimplemento não é suficiente para determinar a apreensão do veículo, visto que não decorre das questões de natureza tributária, mas da não observação das regras de trânsito. O procedimento previsto em Lei para satisfação do crédito tributário pelo Estado é execução fiscal, com o qual, e respeitando o devido processo legal, o contribuinte em débito com o Estado, pode ter seus bens declarados indisponíveis, com inclusive apreensão do veículo.

Segundo entendimento legal anterior vigente, o proprietário de veículo em débito com IPVA, não lhe terá fornecido à licença para conduzir seu veículo em vias públicas, mas poderá continuar a transitar com o seu automóvel até eventual retenção deste, que ocorrerá por não portar o licenciamento. Com a nova norma, no Estado do Tocantins, tal apreensão não poderá persistir.

A esse respeito, em respostas a problemática proposta, verificou-se que o princípio constitucional do não confisco, de acordo com os doutrinadores, veda o Estado de utilizar-se do tributo como punição, com intuito de confiscar bens dos cidadãos. Limita também o poder de tributar do Estado com o escopo de impedir a criação de tributos que oneram excessivamente os bens do cidadão vindo a dilapidar seu patrimônio.

5. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. São Paulo: Método, 2016.

ARAÚJO, Leandro Pires de, BORELLI, Rafael de Souza, PEREIRA, Ricardo Melchiori. **Da Inconstitucionalidade da apreensão do veículo automotor em virtude do inadimplemento do IPVA**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8299&n_link=revista_artigos_leitura . Acesso em: 30 out. 2018.

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de direito tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

BARRETTO, Pedro Menezes Trindade. **Gabaritando tributário**: super dicas para sua aprovação. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

BRASIL **Código tributário nacional**.. Brasília: Subsecretária de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília: Subsecretária de Edições Técnicas, 2017.

_____. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm > Acesso em: 5 mar. 2019.

_____. **Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm > Acesso em: 5 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.654-7 AP**, Requerente: Governador do Estado do Amapá, Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Amapá, Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 3 de março de 2004. D.J. de 19/03/2004, ementário 2144-1, Brasília.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Súmula 323**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136>> Acesso em: 5 mar. 2019.

CARNEIRO, Cláudio. **Impostos federais, estaduais & municipais**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CURIA, Luiz Roberto et al. . **Vade Mecum Saraiva/** obra coletiva de auditoria da editora saraiva. 19º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FABRETTI, Lúcio Camargo. **Contabilidade tributária**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GUEDES, Tatiana Veruska Ramalho de Assis. **Lei complementar de normas gerais sobre IPVA: da necessidade da uniformização das leis estaduais**. TCC (Graduação em Direito), Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, João Pessoa, 2014. Disponível em: < <http://fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/ARTIGO%20IPVA.pdf> > Acesso em: 5 mar. 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Pedro de. **Contabilidade tributária: Revista e atualizada conforme as Leis nº 11.638/2016 e 11.941/2009**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Isis. Sancionada lei que proíbe apreensão de veículos por atraso do IPVA. 2018. Disponível em: <<http://www.al.to.leg.br/noticia/7076/sancionada-lei-que-proibe-apreensao-de-veiculos-por-atraso-do-ipva>> Acesso em: 5 mar. 2019.

OLIVEIRA, Luís Martins de et al. **Manual de Contabilidade Tributária: textos e testes com as respostas**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, S. L. de. **Tratado de metodologia científica**: projeto de pesquisa, TGI, TCC, Monografias, Dissertações e Teses. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 2001.

PÊGAS, Paulo Henrique Barbosa. **Manual de contabilidade tributária**. 7 Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

PROJETO de Wanderlei Barbosa que proíbe apreensão de veículos com IPVA em atraso se torna referência no Maranhão, **Conexão Tocantins**, 23/05/2018. Disponível em: < <https://conexaoto.com.br/2018/05/23/projeto-de-wanderlei-barbosa-que-proibe-apreensao-de-veiculos-com-ipva-em-atraso-se-torna-referencia-no-maranhao> > Acesso em: 5 mar. 2019.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito tributário**. 8 Ed. São Paulo: Premier Máxima, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TOCANTINS. **Código tributário do Estado do Tocantins**. Disponível em: < <http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/Leis/Lei1.287-01Consolidada.htm> > Acesso em 23 out. 2018.

_____. **Lei n. 3.361, de 4 de abril de 2018**. *Altera a Lei nº 1.287, de 28 de dezembro de 2001, que dispõe sobre o Código Tributário do Estado do Tocantins, e adota outras providências.* Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=358633> > Acesso em: 5 mar. 2019.

_____. **Lei n. 1.287, de 28 de dezembro de 2001**. *Dispõe sobre o Código Tributário do Estado do Tocantins, e adota outras providências.* Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=170950> > Acesso em: 5 mar. 2019.

_____. **Lei n. 3.450, de 11 de abril de 2019**. *Dispõe sobre a vedação da cobrança do imposto sobre propriedade de veículos automotores IPVA, após a comunicação de venda do veículo.* Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=376678> > Acesso em: 16 abr. 2019.

[1] Ramilla Mariane Silva Cavalcante. Graduada em Direito pela UFT, pós-graduada em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela UFT e Grandes Transformações do Direito Processual pela UNISUL. E-mail: ramillacavalcante@gmail.com

LEI 12.850 / 13: OS LIMITES APLICÁVEIS AO BENEFÍCIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

NAYARA SILVA DO VALE: Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

JOSÉ EUSTÁQUIO DE MELO JUNIOR^{III}

(Orientador)

RESUMO: A presente pesquisa se destina a abordar o instituto da colaboração premiada e sua aplicação jurisprudencial após a edição da lei 12.850/13 que rege todo o procedimento. Busca-se com isso evidenciar que a delação premiada é uma importante ferramenta para o esvaecimento e desmanche das organizações criminosas como um todo, devendo os Tribunais pátrios, por meio das atualizações jurisprudenciais, uniformizarem o entendimento aos casos em apreço. Foi utilizada a metodologia de pesquisa baseada, primeiramente, na Carta Magna e em doutrinas especializadas, estabelecendo, ao final, um paralelo com a jurisprudência atual sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações Criminosas; Delação Premiada; Colaboração Premiada.

ABSTRACT: The present research is intended to address the award winning collaboration institute and its jurisprudential application after the edition of the general law that governs the whole procedure. It seeks to demonstrate that the prize award is an important tool for the exhaustion and dismantling of the criminal organizations as a whole, and the Courts should patronize the regulations in this case. Research methods based primarily on the Magna Carta and specialized doctrines were used, establishing, in the end, a parallel with the current jurisprudence on the subject.

KEYWORDS: Criminal Organizations; Awarded Giveaway; Award Winning Collaboration.

1. INTRODUÇÃO

Prevista desde 2013 pela lei nº 12.850/13 a colaboração premiada já era conhecida e usada bem antes com a operação lava jato. De acordo com as informações presente no site do Ministério Público Federal, o primeiro acordo foi assinado no final de 2003, pelo doleiro Alberto Youssef, gerando uma série de acordos e uma operação conhecida como caso Banestado. Ao todo, foram 20 acordos, aproximadamente 30 milhões de reais recuperados e 97 condenações proferidas.

O instituto tem-se mostrado eficaz no combate as organizações criminosas, primeiramente porque traz ao conhecimento estatal as ardilosas condutas e inteligência utilizada pelo crime organizado bem como oferece benefícios aos que desejam contribuir, ajudando na diminuição da pena e podendo resultar até em perdão judicial.

O que tem causado discussão entre os juristas diz respeito aos limites aplicados ao benefício também conhecido como delação premiada, diante disso, a problemática do atual trabalho consiste em uma análise dos limites aplicados aos participantes desse processo. Quais os limites impostos ao delator, Ministério Público, Delegado de Polícia e ao Magistrado?

Com isso, o objetivo geral do presente artigo é abordar o benefício da colaboração premiada e sua eficácia no enfraquecimento e até o desfazimento das organizações criminosas. Como objetivo específico evidenciar, conforme os requisitos legais, como uma delação deve ser feita, quais os requisitos legais que um delator deve cumprir para ter direito ao benefício da colaboração premiada e com base na doutrina e jurisprudência, quais os limites impostos aos participantes da delação.

Com todo o exposto, a modalidade realizada nessa pesquisa foi bibliográfica na tentativa de reunir conhecimentos científicos sobre o problema, sendo utilizado o tipo de pesquisa exploratória-explicativa de doutrinas, abarcada as inovações legislativas. Quanto a forma de abordagem utilizamos a pesquisa qualitativa, uma vez que as informações obtidas foram descritas na medida da interpretação do conhecimento adquirido.

Além de uma breve introdução ao tema, Considerações finais e Referências, este artigo está organizado em três principais seções. Na primeira, intitulada de colaboração premiada: o que é? será abordado a origem e conceituação desse

instituto, natureza jurídica e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda seção, intitulada de fases e benefícios da colaboração premiada, será abordado em que consiste a negociação, formalização e homologação do acordo, bem como os benefícios e resultados advindos de um acordo de delação premiada. Por fim, na última seção, intitulada de os limites impostos aos atores da colaboração, será abordado, especificamente, os limites legais e jurisprudenciais impostos ao Ministério público, ao Juiz, ao Delegado de Polícia e ao delator para que o acordo seja uma ferramenta legal, eficaz e não violadora de direitos fundamentais.

2. COLABORAÇÃO PREMIADA: O QUE É?

Definido por Gonçalves (2019, p. 632) como a atividade de cooperação do acusado que, confessando seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações sejam praticadas bem como auxilia concretamente as autoridades na tarefa de recolhimento de provas contra os demais integrantes da organização, a colaboração premiada, nos termos da lei 12.850/13 é considerada como um instituto que se destina à obtenção de provas. Masson (2019, p.155) exemplifica que a delação premiada já foi chamada em sede doutrinária de delação premial, pacto premial, chamamento de corréu, confissão delatatória, extorsão premiada, traição benéfica, entre outros.

Nas palavras de Souza (2016) um dos primeiros países a usar o recurso foi a Inglaterra, onde a figura do “colaborador” surgiu depois de uma decisão proferida em 1775, quando um juiz declarou admissível o testemunho do acusado contra seus cúmplices em troca de sua impunidade. Para a supracitada autora:

A delação premiada como instituto que conhecemos na atualidade, surgiu na década de 60, nos Estados Unidos, com o nome de *plea bargaining*. Na época, a justiça americana enfrentava problemas com a máfia, e seus integrantes presos se recusavam a colaborar com a polícia porque receavam que os bandidos que continuavam soltos pudessem se vingar. Surgiu então a ideia de oferecer um prêmio a quem delatasse os companheiros de crime. Em troca, a justiça oferecia ao réu redução de sua pena quando condenado, garantindo que ele seria levado para uma cadeia com regime especial. A tática deu

certo, e a ideia acabou sendo adotada em outros países, inclusive na Itália, onde a delação premiada ajudou a colocar muitos mafiosos atrás das grades. Na Itália, a delação premiada também foi usada para o combate a atos terroristas. No Brasil, a delação premiada já foi aplicada a milhares de casos desde 1999, ano de sua adoção. (SOUZA, 2016).

De antemão, discute-se se a delação e a colaboração premiada são sinônimas ou diferem em sua essência. Para Nucci (2019), por exemplo, embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, da delação premiada. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o dedurismo. Diante disso, o termo colaboração premiado foi equivocadamente empregado, uma vez que não há uma colaboração e sim uma entrega de informações e provas cabais desses dados informados. O termo não está previsto apenas na lei 12.850/13, há ainda, o instituto na lei 8.072/90, nos crimes previstos na lei 7.492/86, nos crimes previstos na lei 8.137/90 e na lei 11.343/06.

Outra discussão que ainda surge é referente a natureza jurídica da delação premiada, pois para alguns a delação deveria ser valorada como meio de prova, tendo como basilar o argumento de que o testemunho é um evidente meio de prova, por outro lado, existem aqueles que defendem que a delação seria um instrumento para a consecução de provas, possuindo mais valor probatório as provas trazidas para os autos do que o ato de delatar em si. Há ainda quem defenda que a delação é uma relação negocial contratual entre o Ministério Público e o delator, a fim de um benefício multiusual, como o doutrinador Nucci, por exemplo. No mesmo sentido, seguiu o Superior Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483-PR em 2015, sustentando que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

A crítica doutrinária a esse instituto defende que há grandes violações nas negociações para se obter benefícios. Vianna (2015) ao dispor sobre as violações, evidenciou que a delação é uma confissão institucionalizada, realizada sob tortura psicológica estatal. Para o autor, os advogados criminalistas estão sendo fidedignos ao criticar, tanto a banalização das prisões preventivas, que somente deveriam ocorrer nas situações previstas em lei, quanto a utilização das prisões como um caminho para obter delações e informações de forma evidentemente inconstitucionais. Outra crítica que o supramencionado autor faz é em relação aos vazamentos que ocorrem para a mídia, de o porquê desses servidores públicos, responsáveis pelo sigilo inerente ao processo de delação, não serem devidamente responsabilizados nas esferas administrativa, penal e cível por seus atos ou omissões. No mesmo sentido defende Rodriguez (2018) dizendo que:

Há que se ter em mente que a hipótese da delação como diálogo é seletiva, e veda o sonho democrático de que qualquer súdito discuta com o Estado, fale-lhe face a face. Pode ser que, se o instituto se prolongar ou se aplicar ao extremo, teremos cidadãos que dão ordens em seu diálogo, como *Übermenschen* que, como o personagem Soprano, determinam que o Estado retire seu lixo, e outros sempre oprimidos, como um cidadão-Fabiano que sequer saberá dirigir-lhe a palavra. Isso não nos parece ser exatamente a materialização do sonho democrático. (RODRIGUEZ, 2018. p. 131).

Exemplificando, o autor aborda que a delação é tida como uma forma democrática de cooperação entre os criminosos e o Estado, entretanto, já é cediço que no processo penal, qualquer mínimo benefício para alguém que não deseja viver atrás das grades, será aceito qualquer acordo para benefício próprio, ainda que isso seja referente a entregar pessoas. Por outro lado, Cleber Masson (2019), ao abordar sobre a delação premiada na lei de drogas, rebate ao afirmar que:

Não se investiga o narcotráfico ou os delitos decorrentes da constituição de uma organização criminosa valendo-se de meios ortodoxos e vetustos. Imaginar que uma investigação sobre a composição e o modus operandi de uma associação criminosa seja bem feita apenas com a requisição de

documentos, a colheita de depoimentos testemunhais (se é que alguém se aventuraria a tanto!) e o interrogatório de suspeitos é ignorar por completo as dificuldades inerentes ao combate efetivo e sério à criminalidade organizada e à narcotraficância. (MASSON, 2019. p. 156)

Concluindo que a delação é muito importante para se traçar um caminho para o desmanche da organização uma vez que é inerente as organizações criminosas o sigilo inquebrável de seus membros. Em outras palavras, quando há o rompimento da lei do silêncio da organização, aliado isso a outras provas, há a quebra da coesão entre eles e seu posterior enfraquecimento

Nos termos da lei 12.850/13, em seu art. 4, são requisitos que devem ser levados em consideração na aplicação do procedimento da delação:

Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º. Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as

circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

No que tange a voluntariedade, Nucci (2019) dispõe que esta deve ser uma ação livre de qualquer forma de coação física ou moral. Segue o autor dizendo que os requisitos legais são cumulativos - alternativos, sendo cumulativos os requisitos da colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal e a personalidade do colaborador e alternativos a natureza, circunstâncias, gravidade, repercussão do fato criminoso e eficácia da colaboração, os quais serão aplicados conjuntamente aos demais.

De acordo com o manual da colaboração do ENCCLA (2014), o instituto da colaboração não afasta o princípio do devido processo legal na ação penal. Ainda que possam advir reflexos favoráveis à situação do colaborador, conforme sua disposição em colaborar, a aplicação do instituto, que decorre de sentença condenatória, impõe obediência ao devido processo legal, de cognição exauriente, própria das sentenças de mérito proferidas ao final da instrução. Isso porque o colaborador pode, como em qualquer outra demanda criminal, ser absolvido, ter a pena reduzida em quantum inferior àquele constante no acordo, seja esse pré-processual ou não.

Ao documentar sobre o tema da colaboração premiada, Gonçalves (2019) explana que esse instituto, por força da lei, é uma evidente justiça negocial implantada ao processo penal, defendendo de forma indiscriminada a importância desse instituto aplicado as organizações criminosas, pois sempre foi difícil para o Estado encontrar e obter informações dos chefes das organizações. Segue o autor dizendo que tal instituto é caracterizado como direito material e não processual, por influir diretamente na dosimetria da pena aplicada e quando há conflito de normas, este é resolvido com base em princípios que regem a lei penal e sua aplicabilidade no espaço.

A lei da delação premiada, ainda que indispensável para um maior alcance da punição estatal as organizações criminosas, revela riscos. Afinal, há a figura de um traidor, que independente dos motivos releva e prova tudo sobre a estrutura e atividade da organização criminosa, não devendo ser banalizada. Para Gonçalves (2019):

Os agentes públicos envolvidos no procedimento devem tomar redobrados cuidados na avaliação da veracidade das declarações do colaborador, que pode estar motivado por vingança ou pelo desejo de se livrar da própria culpa, sem esquecer o risco de que a investigação seja dirigida no sentido desejado pela organização criminosa, valendo-se de supostos colaboradores pilotados, que façam chegar informações à Polícia como meio de se livrar de rivais ou comparsas indesejáveis. Importante, ainda, que a colaboração seja conduzida e avaliada por profissionais conhecedores da técnica e do fenômeno da criminalidade organizada. Aconselha-se, até, que o colaborador seja ouvido por um só membro do MP, em isolamento total, seguindo-se a coleta de elementos de confirmação, de modo que as declarações do colaborador sejam valoradas mais como elemento de informação do que como meio de prova, quando mais não seja pelos riscos que esse meio de prova apresenta, uma vez que o colaborador poderá ser dirigido pela organização para prejudicar alguém ou dar informações falsas, ou apenas queira livrar sua própria pele. (GONÇALVES, 2019. p. 745).

Devendo ainda haver preocupação com a segurança desse delator e de sua família porque como temos visto na mídia, os delatores são extremamente expostos e isso não se mostra uma conduta aceitável dada a periculosidade e insegurança que se instala a partir do momento em que seu nome e de sua família tomam conta dos noticiários, resultando em um prejuízo a instrução processual penal.

Os doutrinadores da área têm exposto que para não haver uma banalização do instituto deve haver um cuidado no oferecimento dos benefícios, seguindo a graduação legal e aumentando-os de acordo com as comprovações e informações relevantes que levem verdadeiramente ao chefes dessas organizações, pois no afã midiático e social, os autores oferecem os maiores benefícios sem uma verificação inicial dos requisitos expressos na lei, dada a pressão em mostrar o resultado da delação a sociedade, abrindo o campo para ilegalidades.

Por fim e não menos importante é a presença do advogado em todas as fases do procedimento da delação, com base no princípio constitucional da ampla defesa

e do contraditório, pois este é o profissional habilitado para analisar os ônus e benefícios que seu cliente vai ter ao aceitar a delação, bem como prestar todas as informações ao cliente do que já está devidamente documentado na instrução processual.

3. FASES E BENEFÍCIOS DA DELAÇÃO PREMIADA

Basicamente, conforme o art. 4º da lei 12.850/13, a delação premiada pode se dar tanto na persecução penal quanto na ação penal. Nas palavras de Vasconcelos (2017. p. 176), o procedimento padrão da delação premiada se desenvolve em quatro grandes fases: negociações; formalização e homologação; colaboração efetiva e produção de provas; sentenciamento e concretização do benefício.

Na fase das negociações, o agente que queira deletar deve trazer as primeiras informações e provas concretas para conversas com o Ministério Público, e se na fase de inquérito, com o Delegado de Polícia, devem os autores informar ao delator os benefícios e prêmios legais que ele pode obter, caso delate. No mesmo entendimento, Rosa (2018) explana que:

Na etapa negocial, pré jurisdicional, o acordo selado entre Ministério Público e/ ou Delegado de Polícia e investigado não se alheia da incidência das regras gerais de direito que se aplicam em qualquer negócio jurídico. Ganha espaço, dentro do contexto do jogo de boa-fé, a discussão sobre o comportamento procedimental contraditório, conhecido do direito civil pela expressão venire contra factum proprium, consistente no estabelecimento, a partir da confiança e da boa-fé objetiva, de expectativa sobre os comportamentos futuros. (ROSA, 2018, p. 163)

Feita a negociação, o acordo deve ser formalizado nos moldes do art. 6º da lei 12.850/13, devendo constar no acordo o relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor, as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor, a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando se mostrar necessário.

Entretanto, em sentido contrário, diverge Eugênio Pacelli (2018) ao alegar que há evidente inconstitucionalidade na forma de escrituração do acordo, dispondo que é inconstitucional a norma legal que reconhece no delegado de polícia a legitimação para a formalização do acordo, ainda que com a manifestação do *PARQUET* (2018, p. 875).

Seguindo para a homologação, o juiz deverá realizar uma audiência para apreciação dos requisitos, da legalidade e oitiva do delator, podendo anular o que for manifestamente ilegal ou abusivo. Em audiência, nos termos do artigo 4º, § 7º da lei, o magistrado deverá verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. Nos termos do manual da rede de estratégia nacional de combate a corrupção e à lavagem de dinheiro (2014), o juiz:

Não atendendo os requisitos, caberá ao Juiz recusar homologação à proposta. Entretanto, quando a gravidade do defeito permitir que parte do acordo seja aproveitado, poderá o Juiz homologá-lo parcialmente, extirpando as cláusulas que não reputar aceitáveis. (ENCCLA, 2014).

Em outras palavras, o juiz não está obrigado a integralidade do acordo, cabendo-o a análise, além dos requisitos já expostos, da proporcionalidade e constitucionalidade do acordo e dos benefícios oferecidos.

Gonçalves (2019) ressalta que esse pedido de homologação deve ser distribuído de forma sigilosa, afim de que seja resguardado o teor e o autor da delação premiada, devendo o juiz deliberar sobre o pedido em 48 horas, deixando de ser sigiloso, via de regra, após o recebimento da denúncia, tudo nos termos do que dispõe o art. 7º da Lei 12.850/13.

Após isso, na fase efetiva da colaboração, com base nos requisitos acima deve tanto delatar tudo o que sabe, não faltando com a boa-fé e veracidade dos fatos, tampouco podendo ser silente ao que é indagado, quanto deve comprovar documentalmente tudo o que foi dito.

A supracitada lei trouxe ainda que tanto o prazo para o oferecimento da denúncia quanto o prazo processual podem ser suspensos por até seis meses, para

que o delator possa apresentar todas as provas referentes a sua delação, suspendendo inclusive, o prazo prescricional da ação.

Por fim, na decisão e concretização dos benefícios, o juiz, após análise do que foi delatado e comprovado, poderá condenar o delator ou conceder o perdão judicial. Gonçalves (2019) explana as possibilidades:

Se o acordo homologado estipular que a investigação será arquivada (art.4º, § 4º), o Ministério Público deverá aguardar, durante o período de suspensão, a obtenção dos resultados previstos pelo legislador, para, então, lançar promoção de arquivamento. Na hipótese de o acordo de colaboração ter previsto o perdão judicial ou a redução de pena, ao juiz incumbirá avaliar, na sentença, a efetividade dos atos de cooperação e a fidelidade da atividade colaborativa aos termos do ajuste homologado. Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, decretar o perdão judicial do colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto no acordo homologado (art. 4º, § 2º). (GONÇALVES, 2019. p. 634)

Ainda conforme o ENCCLA, caso haja a negativa da diminuição de pena, negativa do perdão judicial ou o suprimento de algum benefício expresso no acordo, há a previsão da possibilidade de o interessado recorrer da decisão prolatada.

É importante ressaltar algumas nuances do procedimento de delação premiada. Primeiramente, o art. 4º dispõe que que o pedido do Ministério Público para a aplicação do perdão pode dar-se a qualquer tempo, ou seja, do inquérito até a sentença, entretanto, é somente a partir da sentença condenatória que os benefícios da redução de pena ou a progressão de regime, dada a evidente ilegalidade dessa transação antes de uma sentença. Seguindo no mesmo artigo, o § 10º evidencia que em caso de retratação das propostas, as provas produzidas não poderão ser utilizadas em seu desfavor.

Na fase investigatória, Nucci (2019) elenca o procedimento em relação ao perdão judicial e aos benefícios legais, podendo o delegado primeiramente, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, representar pela aplicação do prêmio máximo, que é o perdão judicial, causador da extinção da punibilidade, cessando-se a persecução penal, ou o delegado, nos autos do inquérito, representa e, antes de seguir ao juiz, passa pelo Ministério Público para colher sua manifestação, seguindo-se o pleito de perdão judicial, ou o Ministério Público, valendo-se do inquérito, requer ao magistrado a aplicação do perdão judicial. Em suma, delegado e promotor, juntos, representam pelo perdão ou delegado representa, promotor é ouvido e segue ao juiz ou promotor requer diretamente ao juiz.

Os benefícios, de acordo com a lei geral regulatória, que podem advir de uma delação que cumpriu todos os requisitos e fases acima são: a) redução na pena de 1/3 a 2/3, o cumprimento da pena poderá se dá no regime semiaberto, b) redução da pena até a metade, se a colaboração for posterior à sentença, c) progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, se a colaboração for posterior à sentença, d) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e) não oferecimento de denúncia, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração e f) extinção da pena e como último estágio, o perdão judicial.

Cleber Masson (2018) faz uma importante observação quando a delação premiada ocorrer nos crimes de drogas, evidenciando:

A Lei de Drogas impõe a cumulatividade dos resultados, estipulando que a colaboração redunde na identificação dos demais agentes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime. Destarte, a cumulatividade poderá, no caso concreto, ser afastada em benefício do colaborado. (MASSON, 2019. p. 160)

Concluindo que nos casos nos quais há a famosa “mula” ou os traficantes isolados do arcabouço decisório da facção, deverá, quanto maior for o recuperado dos produtos do crime, com base na delação, maior a gradação dos prêmios, definida pelo supracitado autor como colaboração premiada unilateral ou informal. O Superior Tribunal Federal se posicionou a favor da dispensabilidade da formalização do acordo nesses casos para que sejam dados os benefícios inerentes

ao delator, em outra palavras, para a Corte, a falta de um acordo formal sobre o acordo de delação não impede que seja dado ao delator os direitos previstos na lei geral da colaboração premiada, contudo, a gradação, redução ou até possivelmente o perdão judicial, deverão ser analisados e imputados apenas pelo juiz na fase de julgamento.

4. DISPOSIÇÕES JURISPRDÊNCIAIS SOBRE PROCEDIMENTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Diante de todo o exposto, a delação premiada é um instituto em que participam o delator, o Juiz, o Ministério Público e o Delegado de Polícia. Além de alguns requisitos trazidos pelas leis que regem o tema, há alguns limites e disposições jurisprudenciais que foram impostos no decorrer temporal do instituto, limitações e disposições estas que objetivam a legalidade e não violação dos direitos fundamentais.

4.1. DELATOR

De acordo com a lei 12.850/13, deve o delator proceder com a verdade, cooperação na elucidação dos fatos e comprovação do que foi informado. Quando não há a boa-fé necessária, há algumas consequências que o impedem de obter os benefícios acordados. Nesse sentido dispôs o Superior Tribunal Federal no julgamento do inquérito 4633:

Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4.º, § 16, da Lei 12.850/2013. **São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia** (INQ 3.983, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 12.05.2016). (Inq 4633 – DF, 2.ª T., Rel. Edson Fachin, 08.05.2018, v.u.).

Diante da jurisprudência, cabe ao delator não apenas informar, mas no caso de falta de comprovação ou mentira por parte do delator, ele será impedido de receber os benefícios, sem prejuízo da ação penal condenatória. Em relação a terceiros, o STJ ainda dispôs

A jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou-se no sentido de que a delação premiada constitui negócio jurídico personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes, e que não interfere automaticamente na esfera jurídica de terceiros, razão pela qual estes, ainda que expressamente mencionados ou acusados pelo delator em suas declarações, não possuem legitimidade para questionar a validade do acordo celebrado. O delatado pode, na verdade, confrontar em juízo o que foi afirmado pelo delator. Precedentes do STF e do STJ. 9. Recurso em habeas corpus improvido” (RHC 73043 – DF, 5.ª T., Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 12.12.2017, v.u.).

Nesse ínterim, os terceiros afetados pela delação, conforme o Tribunal Superior devem confrontar em juízo o que foi delatado e não a busca pela inviabilidade.

Há duas restrições importantes, sobre o delator, que merecem observância. Primeiramente, no julgamento do HC 127483, foi disposto que negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses. A uma porque a própria Lei 12.850/2013 estabelece que ‘nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador’ (art. 4.º, § 16). A duas porque, como já exposto, será assegurado ao delatado, pelo contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas. Segundo nos termos do art. 2, §2 Código de Processo Penal, é inaplicável a suspensão processual e o curso prescricional nos casos em que o delatado se tornar revel.

Em outros termos, Mendroni (2018,157) indaga sobre os crimes de lavagem de dinheiro:

Imagine-se por outro lado que, já suficientemente abastecido de dinheiro “podre”, esse acusado – utilizando-se exatamente desse dinheiro injusta, imoral e vergonhosamente obtido – utilize-se dos mais variados subterfúgios para furtar-se à ação da justiça, fixando residência em alguma ilha paradisíaca, para nunca mais retornar ao Brasil. Ficará então impune e viverá vida de rei – coisa absolutamente vedada à

maioria esmagadora dos cidadãos honestos e trabalhadores. É isso que se deseja? Ou suponha-se ainda que retorne passados dez anos e, evidentemente, ainda suficientemente abastecido de dinheiro para o restante de sua vida (o que não raras vezes acontece). E mesmo que, tendo em conta a paralisação do processo (suspensão da prescrição), possa este, em tese, ser reiniciado, pergunta-se: Com que provas? Como reavivar as antigas evidências? Haverá ainda algo de utilizável ou esse processo estará fadado ao insucesso? Isso é o que o dispositivo quer impedir, e não atentar contra o direito de um inocente de se defender.

É evidente que em determinados casos e a depender do nível de organização e dinheiro do delator, há casos em que ele não pode ser beneficiado com uma suspensão processual, prescrição ou até mesmo, responder em liberdade, haja vista a necessidade de se combater crimes tão graves.

4.2. MINISTÉRIO PÚBLICO

Já é sabido que a delação premiada pode ocorrer no curso da persecução penal ou no decorrer da ação penal. Partindo da premissa que o juiz não pode conceder o perdão judicial de ofício, cabe ao Ministério Público representar por esse pedido, podendo ser a qualquer tempo durante a investigação ou na ação Penal, essa representação deverá ser até a sentença. O primeiro óbice ao *PARQUET* reside no fato de caso a representação pelo perdão judicial de dê após a decisão do magistrado, esse perdão não poderá ser concedido, podendo esse pedido resultar, em uma diminuição pela metade da pena ora imposta. De acordo com Nucci (2019, p. 64), outra possibilidade, quando o prêmio se der pela colaboração prestada após a sentença condenatória, é a admissão da progressão de regime (fechado ao semiaberto ou deste ao aberto), mesmo que ausentes os requisitos objetivos (tempo mínimo no regime anterior). Não se menciona o preterimento dos requisitos subjetivos, como o merecimento, muitas vezes obtido pelo exame criminológico.

Segue o autor, ao se posicionar sobre o termo de colaboração, alegando que deve ser evitado a colaboração sem o termo devidamente definido e assinado, pois

pode haver prejuízos ao delator. No julgamento do RHC 76026, o STJ estabeleceu um parâmetro ao conteúdo do acordo:

No âmbito do acordo de colaboração premiada, conforme delineado pela legislação brasileira, não é lícita a inclusão de cláusulas concernentes às medidas cautelares de cunho pessoal, e, portanto, não é a partir dos termos do acordo que se cogitará da concessão ou não de liberdade provisória ao acusado que, ao celebrá-lo, encontre-se preso preventivamente. Segundo a dicção do art. 4.º, da Lei 12.850/2013, a extensão do acordo de colaboração limita-se a aspectos relacionados com a imposição de pena futura, isto é, alude-se à matéria situada no campo do direito material, e não do processo” (RHC 76026 – RS, 5.ª T., Rel. Felix Fischer, 06.10.2016, v.u.).

No julgado, é possível inferir que o acordo não deve ser usado como forma de preso adquirir sua liberdade, pois, primeiramente, não é para isso que o instituto se destina e segundo, por afrontar os princípios basilares desse instituto, como a colaboração efetiva e devidamente espontânea.

4.3. JUIZ

Além da disposição da lei geral que rege o procedimento da delação premiada, há alguns posicionamentos jurisprudenciais importantes sobre o papel do juiz no processo de delação.

Nos termos do art. 4º da lei 12.850/13, o juiz não deve participar do processo de negociações com as partes e o Ministério Público tampouco deve decidir ou condenar o delator com base apenas no que foi delatado. Para Nucci (2019, p.72) cabe ao magistrado analisar a regularidade (se foram preenchidos os requisitos do art. 6.º), a legalidade (se a colaboração se deu nos termos do art. 4.º) e a voluntariedade (se o delator não foi pressionado de alguma forma a cooperar). Havendo alguma dúvida quanto à liberdade do colaborador, pode o juiz ouvi-lo, sigilosamente, embora na presença de seu defensor.

Segue o mesmo entendimento o STF, que decidir, informou:

2. O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4.º, § 11, da Lei 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), **não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6.º do art. 4.º da referida Lei 12.850/2013**, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito” (Pet 7074 QO – DF, Tribunal Pleno, Rel. Edson Fachin, 29.06.2017, m.v.).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão proferida no RVCr 10000121273825000/MG, indicou que:

O perdão judicial deve ser reservado para situações de especial colaboração do réu, para o desmantelamento de grupos ou organizações criminosas, com fornecimento de informações consistentes e extensas sobre as ações delituosas, desde que a personalidade do beneficiado, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato o permitam, não sendo este, em definitivo, o caso retratado nos autos” (RVCr 10000121273825000/MG, 1.º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Márcia Milanez, DJ 08.07.2013).

Demonstrando com isso, que para o perdão judicial, esfera máxima de benefício, a decisão deve estar baseada em uma contribuição efetiva do delatado, que deve contribuir de forma completa e em todas as fases da colaboração, em estrita conexão ao que está disposto na lei 12.850/13.

Em 28/05/2019, foi proferida pela segunda turma do STF, uma decisão que afeta o poder de homologação do Juiz. Nos termos do decidido os Ministros, por unanimidade, deliberaram que não cabe ao Judiciário obrigar ao Ministério Público a assinatura do acordo, evidenciando ainda, que não há direito adquirido ao acusado à finalização do acordo, mesmo que após muitos encontros e tratativas. No caso em apreço, que segue em segredo de justiça, a Procuradoria geral da

republica recusou o acordo depois de treze reuniões, sob a alegação de baixa influência do réu no avanço das investigações.

4.4. DELEGADO DE POLÍCIA

Ao dispor sobre o delegado de polícia, a lei geral que rege a delação premiada faz apenas uma menção ao mesmo, dispondo que quando o chefe de polícia quiser pedir ou representar pelo perdão judicial do delator, deve submeter o pedido a prévia deliberação do Ministério Público, para que ambos direcionem ao Juiz seu pleito. Seguindo o sentido da lei 12.850/13, os delegados eram impedidos de realizarem acordos de delação premiada no curso do inquérito.

Para o Delegado Rodrigo Gomes (2018), os Delegados de Polícia têm o poder dever de representar ao juízo e propor a delação premiada, pois não se deve guardar a uma instituição o monopólio de proposição do instituto da delação tampouco de investigação, resultando em um verdadeiro despropósito que um órgão de acusação deteria, exclusivamente, e sem a necessária neutralidade, a prerrogativa de manejo de uma técnica de obtenção de prova.

Diante desse conflito, foi proposta a ADI 5508, a qual foi julgada em 20 de junho de 2018, defendida a Constitucionalidade dos Delegados de Polícia realizarem de colaboração premiada no curso da persecução penal. Para o ministro Marco Aurélio, relator da ação de declaração de inconstitucionalidade, a formulação de proposta de colaboração premiada pela autoridade policial como meio de obtenção de prova não interfere na atribuição constitucional do Ministério Público de ser titular da ação penal e de decidir sobre o oferecimento da denúncia. O ministro acima destacou que mesmo que o delegado de polícia proponha ao colaborador a redução da pena ou o perdão judicial, a concretização desses benefícios ocorre apenas judicialmente, pois se trata de pronunciamentos privativos do Poder Judiciário.

Diante disso, o delegado de polícia passou de um mero coadjuvante para um autor de maior poder no procedimento de delação, passando a ser uma influência importante na proposição e elaboração dos acordos de colaboração premiada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, a colaboração premiada, quando aplicada com observância de todos os seus princípios inerentes a sua essência se mostra um

instituto eficaz contra as organizações criminosas, organizações essas que independentemente do tipo de atividade se unem para lesar a sociedade e seus bens jurídicos tutelados. Por ser um instituto que premia o criminoso em troca da quebra de sua lei de silêncio, é possível um maior alcance estatal dessas organizações a fim de enfraquecê-las e desmantelá-las.

As fases da colaboração premiada refletem a organização que os procedimentos de delação devem ter, refletindo-se com base em seus impedimentos ao juiz, ao Ministério Público, ao Delegado e ao Delator, como verdadeiras ferramentas que visam assegurar a Constitucionalidade, Legalidade e respeito aos Direitos Fundamentais.

Sendo assim, concretizando o que diz a doutrina ao explicar que ao Judiciário cabe a adequação da lei ao caso em concreto, seguem os Tribunais Superiores agindo com harmonização, pois são indispensáveis as disposições sobre as atualizações procedimentais da colaboração premiada, de forma a melhorar a efetividade do combate as organizações criminosas.

5. REFERÊNCIAS

ABIKO. Paula Yurie. Colaboração premiada: do acordo à homologação. Set/2017. REVISTA JUS BRASIL. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/628566445/colaboracao-premiada-do-acordo-a-homologacao>>. Acesso em 10/05/2019.

BRASIL. **Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 28/05/2019.

BRASIL. **Lei 9.613, de 03 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 28/05/2019.

BRASIL. **Lei 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 28/05/2019.

BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 13/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ.** Pate: ERTON MEDEIROS FONSECA. Relator MIN. DIAS TOFFOLI. Distrito Federal, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 01/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 162.710 - PARANÁ.** Pate: GERSON DE MELLO ALMADA. Relator MIN. EDSON FACHIN. Distrito Federal, 30 de maio de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340303038&ext=.pdf>>. Acesso em: 06/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADIN 5508 / DF.** Requerente: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. Relator: ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 26 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=RESP+1190180&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28/05/2019.

GOMES, Rodrigo Carneiro. Delegado tem o poder-dever de representar ao juízo e propor colaboração premiada. REVISTA CONJUR. 26 de junho de 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/academia-policia-delegado-temo-poder-dever-propor-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 28/05/2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Legislação penal especial esquematizado. Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado/coordenador Pedro Lenza).

MASSON, Cleber. Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro / Marcelo Batlouni Mendroni. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza Organização Criminosa / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

PREMIADA, Manual da Colaboração.Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro.. 2014. Disponível em: < [file:///C:/Users/Kelly%20Cristina/Downloads/Manual%20-%20Colaboracao%20Premiada%20-%20jan14%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Kelly%20Cristina/Downloads/Manual%20-%20Colaboracao%20Premiada%20-%20jan14%20(2).pdf)>. Acesso em 03/05/2018.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Delação premiada: limites éticos ao Estado / Víctor Gabriel Rodríguez. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Empório do Direito. Florianópolis, 2017.

SOUZA, Fátima. Como funciona a delação premiada. Infoescola, 2016. Disponível em:<<http://pessoas.hsw.uol.com.br/delacao-premiada.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

VIANNA, Rodrigo. Revista Forum. Edição de 24 de Março de 2015. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/rodrigovianna/plenos-poderes/pedro-serrano-sobre-lava-jato-delacao-premiada-e-confissao-sob-tortura-psicologica/>>. Acesso em 20/05/2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Colaboração premiada no Processo Penal. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2017.

[1] José Eustáquio de Melo Júnior. Mestre. Especialista. Doutorando em direito.

A CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO COMO FORMA DE GARANTIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

BRUNA TEMPORIN: Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - TO.

LUCIANA AVILA ZANOTELL[1]

RESUMO: O Brasil vem construindo, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, cada vez mais uma sociedade pautada na justiça e na solidariedade para todos, porém, o preconceito e a violência contra os homossexuais não deixa de ser uma realidade no Brasil. Chegam a ser alarmantes os ataques, onde muitos são espancados e assassinados pelo fato de ter uma orientação sexual diferente em relação à do agressor. Os objetivos desse estudo foram, analisar como a criminalização da homofobia contribui para a garantia da dignidade humana, compreender as percepções teóricas da homofobia, e identificar a real possibilidade jurídica da criminalização da homofobia no cenário brasileiro como forma de garantir a dignidade do homossexual. A metodologia adotada foi uma revisão bibliográfica embasada na literatura, em uma abordagem qualitativa sobre a criminalização da homofobia como forma de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, a busca de dados ocorrerá em livros, revistas, teses, dissertações e artigos científicos e entendimentos de vários doutrinadores. Conclui-se que, o Brasil apoia a união homoafetiva, ao mesmo tempo que criminalizam a homofobia. No entanto ainda terá um árduo caminho a percorrer, para que benefícios sejam alcançados, do mesmo modo, maiores valores, como fundamentalmente o respeito que é prioridade e uma base irrefutável de diálogo, traz consigo valores e entendimento onde são inclusos o respeito à liberdade de escolha sexual de cada um.

PALAVRAS-CHAVE: Homofobia; Criminalização da homofobia; Princípio da dignidade humana.

ABSTRACT: Prejudice and violence against homosexuals is a reality in Brazil, which gradually builds a fairer reality for this class, the attacks are alarming, where many are beaten and murdered for having a different sexual orientation in relation to the of the aggressor. The goal of this study were to analyze how the criminalization of homophobia contributes to the guarantee the human dignity, to understand the theoretical perceptions of homophobia, and to identify the real legal possibility of the criminalization of homophobia in the Brazilian scenario as a way to guarantee the dignity of the homosexual. The methodology adopted was a literature review based on a qualitative approach on the criminalization of homophobia as a way of guaranteeing the principle of the dignity of the human person, the search for data will occur in books, journals, theses, dissertations and scientific articles and understandings of various doctrines. It is concluded that Brazil supports the homosexual union, while criminalizing homophobia. However, there is much to be done for the cause, so that benefits can be achieved, likewise, higher values, as fundamentally the respect that is a priority and an irrefutable basis for dialogue, brings with it values and understanding where they include respect for freedom of sexual choice of each.

PALAVRAS-CHAVE: Homophobia Criminalization of homophobia; Principle of human dignity.

1. INTRODUÇÃO

A palavra ou expressão “homossexual” compreende pessoas de qualquer sexo, seja masculino ou feminino. São pessoas que têm forte atração emocional, sexual e afetiva por pessoas iguais sexualmente, biologicamente falando. Ou seja, pessoas que simplesmente sentem afetividade, carinho, amor e atração por pessoas do mesmo sexo.

A homofobia significa repulsa irreprimível, antipatia, asco, ódio, preconceito que algumas pessoas ou grupos sustentam contra os homossexuais.

Sabe-se que a liberdade sexual faz parte do direito à liberdade de um indivíduo, está relacionada ao valor liberdade, de maneira geral, e faz parte dos direitos civis, e como todos os direitos, é irrenunciável e inalienável, aliada sempre ao tratamento igualitário.

Os objetivos desse estudo foram: analisar se a criminalização da homofobia contribui para a garantia da dignidade humana, compreender as percepções teóricas da homofobia, e identificar a real possibilidade jurídica da criminalização da homofobia no cenário brasileiro como forma de garantir a dignidade do homossexual.

A metodologia adotada foi uma revisão bibliográfica embasada na literatura, em uma abordagem qualitativa sobre a criminalização da homofobia como forma de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, a busca de dados ocorrerá em livros, revistas, teses, dissertações e artigos científicos e entendimentos de vários doutrinadores.

Os principais autores que contribuíram para esse estudo foram: Oliveira e Gadelha (2017); Pinto (2011); Reis (2017); Monteiro (2016); Lopes e Niza (2017).

Esse trabalho irá discorrer sobre o histórico da homofobia, posteriormente fala-se sobre a dignidade da pessoa humana, no último tópico foi abordado sobre a criminalização da homofobia como forma de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

2. BREVE HISTÓRICO DA HOMOFOBIA

2.1 Grécia antiga

Sabe-se que existem vários aspectos relacionados à sexualidade e estes, estão se tornando pauta em diversas discussões, seja no meio acadêmico, social, institucional, laboral ou político. Identidade sexual, de gênero, modelo familiar e relações afetivas são alguns dos aspectos abordados, especialmente se extrapolam as fronteiras consideradas convencionais, em que predominam as relações entre homens e mulheres. De acordo com Reis (2017) o conceito de sexualidade vem se modificando e evoluindo ao longo do tempo, pelas transformações históricas e sociais, agregando um conjunto de aspectos que influenciam no comportamento em relação à satisfação do desejo. Ela é sentida por todos os seres humanos, porém se trata de algo individual; cada um pode sentir e expressar de formas diferentes, determinadas por sua personalidade e não precisa necessariamente estar ligada com o sexo.

Pode-se afirmar então, que a sexualidade é um processo constante de interação entre as características do indivíduo com as do meio em que está inserido com objetivo de mudar e se adaptar para continuar evoluindo.

As referências ao comportamento homossexual remetem-se aos primórdios da humanidade, entretanto foi à Grécia Antiga, como local e período, que se tornou marco principal de discussões acadêmicas históricas acerca deste padrão (RAMOS, 2014, p.70).

Sabe-se que a homossexualidade presente na Grécia, era encarada com naturalidade, e recebia o nome de sodomia.

O lesbismo (lesbianismo), é objeto de estudo de Medeiros (2015, p.5) que cita que “a palavra lesbismo deriva de Lesbos, ilha onde antigamente vivia um grupo de mulheres homossexuais chefiado pela poetisa SAFO, que deu origem ao outro nome da perversão, o safismo”. A ilha de Lesbos que se localiza na Grécia, é conhecida mundialmente devido à poetisa Safo de Lesbos e aos seus mistérios, sendo referência histórica ao se tratar das relações afetivas entre mulheres.

Sabe-se que as primeiras referências de amor entre mulheres, surgiram na ilha de Lesbos. Isto porque, segundo a literatura e mais concretamente as obras poéticas de Safo, as suas poesias eram destinadas a mulheres, mais concretamente descrevia nos seus poemas a atração que tinha pelo sexo feminino.

A homossexualidade era conhecida na Grécia antigo como sendo pederastia, era vista sobre vários prismas, dependendo da situação. Entretanto, o que mais se destaca é a pederastia inserida na educação dos jovens rapazes, pois entendiam que a prática da pederastia institucionalizada era necessária para ao desenvolvimento da masculinidade dos adolescentes (DIETER,2012, p2).

Neste sentido Cerqueira (2011, p.89) aponta que:

A ideologia dos cidadãos na Grécia Antiga, a efeminação vai contra o princípio do cidadão-soldado. Porém, o homoerotismo, em si, não vai contra o princípio do cidadão-soldado, já que não há nada que vincule, aos olhos dos antigos gregos, o homem seguir uma conduta homoerótica e

ele ser efeminado. Muito pelo contrário, aquela forma de homoerotismo, a chamada pederastia, entendida como o amor do homem mais velho pelo rapaz mais novo, fazia parte da construção social da masculinidade.

Nota-se que a noção de afetividade entre os homens gregos não era construída com base na fragilidade ou feminilidade de um dos pares, mas ao contrário, baseada na supremacia da masculinidade e na admiração pela força masculina contida no homem grego.

Tal fato, pode ser observado, quando se analisa o caso da Cidade-Estado de Esparta, onde o amor entre dois homens não era visto como uma anomalia, ao contrário, era estimulado pelas forças militares, pois entendiam que um soldado homossexual, ao ir para guerra, lutaria com muito mais coragem do que um soldado heterossexual, pois assim, lutaria pelo seu amado e sua pátria.

2.2 Igreja

Segundo Lopes e Niza (2017, p.6) na antiguidade, após a reforma das igrejas foi dado o movimento de repressão ao homoafetivo, tida como “uma anormalidade, o domínio dos amores masculinos pôde muito bem ser livre na Antiguidade grega, em todo caso bem mais do que o foi nas sociedades europeias modernas”.

Medeiros (2015, p.5) evidencia que o preconceito, com a influência religiosa, alcançou uma dimensão muito maior, principalmente, porque a Igreja, nesse caso, era a favor da preservação da humanidade e na prática sexual apenas, com o objetivo maior.

Entende-se que a primeira nascente de condenação à homossexualidade é a bíblia, onde se pode encontrar em algumas passagens uma interpretação condenatória deste tipo de prática como no Antigo Testamento que menciona trechos do Gênesis, com relação a destruição de Sodoma e Gomorra.

No entanto, Medeiros (2015) assegura que a Bíblia não fornece qualquer base real para a condenação da homossexualidade. Sendo assim, quanto à exegese bíblica com relação ao assunto da homossexualidade, há muita discussão sobre o que realmente diz a Bíblia a respeito, se condena a relação homoafetiva

ou, se a Igreja Católica empresta uma interpretação errônea e proposital ao texto sagrado.

A ideia defendida de que a Bíblia repudia o homossexualismo serve apenas como desculpa à aversão e à prática de atrocidades contra os homossexuais. O prejulgamento predomina em uma grande parte do mundo. Foi transmitido através das gerações, essencialmente pela forma de como foram educados. Seus hábitos e crenças foram preservados por séculos.

Nesse contexto, Chiarini Junior (2003, p.5) leciona que “a bíblia ensina ser a procriação exclusiva finalidade do matrimônio, o sexo entre homem e mulher não deverá ser para o prazer e sim a procriação”.

No entanto, não existe na Bíblia nenhum registro que proíba marido e esposa de fazer sexo por prazer, quando não estão buscando conceber filhos. Não há nada de errado no uso de métodos anticoncepcionais pelos casais, desde que não seja fisicamente prejudicial, para adiar a geração de filhos até o momento da sua escolha.

No entanto, Dieter (2012, p.4) leciona que:

A Igreja foi perseguidora dos homossexuais durante a Inquisição. Entretanto, era justamente nos mosteiros e nas sedes militares que se encontravam muitos homossexuais. Naquela época, durante o século XII e XIII, não se falava em homossexualismo, apenas em sodomia, cuja prática era considerada um crime, maior do que o incesto. Sendo que a homossexualidade masculina era mais discriminada do que a feminina, uma vez que havia perda de sêmen. A homossexualidade feminina era considerada mais branda, pois além de não haver perda de sêmen as mulheres não eram muito valorizadas, isto é, não tinham importância. Por essa razão, a homossexualidade feminina era considerada um mero comportamento desregrado em relação aos prazeres do sexo.

Entende-se então o motivo pela qual a igreja condenava os homossexuais, o sexo seria com o homem e a mulher para ocorrer a procriação.

Aguilar (2019) relata que os defensores da liberalidade do homossexualismo na sociedade contemporânea, principalmente dentro dos grupos religiosos, fundamentam sua argumentação na consideração de que a prática da homossexualidade no passado era um “tabu” que o mundo atual não mais reconhece.

Dado o exposto, afirma-se já existia a discriminação sexual partindo da igreja e seus grupos desde a idade média. Atualmente essa discriminação tem ficado cada dia mais distante por parte da igreja.

2.3 Homofobia da Idade média à atualidade

Durante a Idade Média, a relação homossexual devido à influência de fatores religiosos passou a ser bastante oprimida, tendo sido o prazer sexual de um modo geral visto como pecado, uma tentação diabólica.

Segundo Oliveira e Gadelha (2017) à origem do termo homofobia, este foi conceituado pelo psicólogo Kenneth Smith, tornando-se notório com George Weinberg e, desde então, vem sendo intimamente ligado à linguagem patologizante que o deu origem, mas não pode a ela ser subsumida. Assim, Pinto (2011, p.3) relata que o termo homofobia “é um neologismo inserido na literatura pelo psicólogo George Weinberg, em 1971, numa obra impressa, combinando a palavra grega phobos (“fobia”), com o prefixo homo, como remissão à palavra homossexual”.

O surgimento da homofobia está intimamente ligado à necessidade que alguns indivíduos têm de reafirmar os papéis tradicionais de seu gênero, onde muitas vezes essa necessidade tem seu fundamento em argumentos religiosos, políticos e culturais.

Na Idade Média, o mais implacável dos prejulgamentos opositor da homossexualidade estava inserido nas crenças. Havia um prevalência de entendimento das religiões, que todo sexo praticado que não tivesse o objetivo da procriação era considerada um pecado, pois desse modo, transgredia a ordem “crescei e multiplicai-vos”. Assim, o ato sexual que tinha objetivo apenas para o prazer, era infração grave, ainda se praticado entre pessoas que se amavam (DIETER, 2012).

No século XX, ainda persistiram práticas governamentais no sentido de punir tal prática. A política nazista, dentre tantas outras atrocidades, introduziu o crime de homossexualidade, perseguindo e executando pessoas. A própria Igreja Católica atualiza seu preconceito em documentos oficiais, modificando apenas alguns aspectos como, compaixão pelos indivíduos homossexuais, mas mantém a reprovação da homossexualidade em si e de qualquer política de igualdade de direitos com os heterossexuais.

Oliveira e Gadelha (2017) evidencia que com o passar dos séculos os homoafetivos foram tratados como doentes, pecadores e indignos, submetidos a tratamentos psicológicos e torturas, com o intuito de que se curassem. Séculos se passaram e os homoafetivos ainda sofrem diversas formas de torturas, psicológicas e físicas, como forma de retaliação por sua opção sexual. Foram registrados somente em no ano de 2009, duzentos e sessenta assassinatos de homossexuais no Brasil.

No entanto, a homossexualidade deixou de ser considerada como pecado ou obsessão e passou a ser considerada como doença que precisava de “cura”; porém, em 1973, a Associação Psíquica Americana deixou de considerar como transtorno mental e tirou da lista de doenças desse tipo. Tal decisão foi seguida por todos os profissionais da área.

A relação entre pessoas do mesmo sexo é tão antiga quanto a própria instituição familiar. Sempre foram tratados com muito preconceito, especialmente em período de força dos dogmas da Igreja, que cria como padrão de normalidade o heterossexualismo.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana, desde a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789, decorrente da Revolução Francesa, adquiriu contornos universalistas. O artigo 1º desta declaração proclamou que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Podemos dizer que após as consequências da grande guerra mundial este princípio foi inserido em inúmeros textos constitucionais, passando o ser humano, a figurar como o ponto principal do Direito e do Estado.

Desse modo, a Carta Magna Brasileira em seu art. 1º dispõe que: A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- A soberania

II- A cidadania

III- A dignidade da pessoa humana

IV- Os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa

V- O pluralismo político

Parágrafo único: todo poder emana do povo, que o exerce

por meio de representante eleitos ou diretamente, nos termos desta

constituição. (BRASIL, 1998)

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana está no meio do nosso regulamento jurídico, portanto, quando o legislador constituinte o transformou em princípio fundamental, nesse momento pôde-se identificar que a pessoa humana e sua valorização é imprescindível para organização da estrutura do Estado, para o povo e para o Direito.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, desde a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789, decorrente da Revolução Francesa, adquiriu contornos universalistas. O artigo 1º desta declaração proclamou que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Podemos dizer que após as consequências da grande guerra mundial este princípio foi inserido em inúmeros textos constitucionais, passando o ser humano, a figurar como o ponto principal do Direito e do Estado (OLIVEIRA E GADELHA, 2017).

Desse modo, pode-se afirmar que os direitos humanos são um produto da História, segundo uma concepção contemporânea que surgiu juntamente com a

Declaração Universal de 1948 e reafirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Esse princípio teve necessidade através dos períodos históricos, em que se justificavam as atrocidades da época, várias pessoas foram queimadas em fogueiras por causa de religião, torturas, perseguições, por sua cor, por sua origem, dentre outros motivos. É por essa razão que se torna necessário identificar a dignidade da pessoa sendo refletida no texto constitucional; foram essas experiências históricas que geraram a consciência de preservar a todo custo essa dignidade (REIS E CLEMES, 2017, p.9).

Assim, levam em conta todas as violações que foram extraídas dessa experiência histórica para serem combatidas. Desse modo, entende-se que a dignidade nasce com o indivíduo, ela é inerente a sua essência, porém, nenhum ser humano vive isolado, ele nasce com sua integridade física e psíquica, cresce no meio social e se adapta, sendo nessa etapa que sua dignidade se concretiza.

Segundo Siqueira e Machado (2018, p.170) ressalta-se que “o princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo promover o livre-desenvolvimento da pessoa, bem como tolher qualquer degradação ou tratamento desumano”.

Dado o exposto, o legislador tem por função elaborar normas seguindo todos os preceitos constitucionais de criminalização com o objetivo colocar fim a violação ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

4. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA COMO FORMA DE GARANTIR O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Sabe-se que a opção sexual é algo peculiar de cada indivíduo, tão particular quanto suas características físicas, como sua cor de pele, dos olhos, sua raça, está limitado as circunstância natural do nascimento e é uma das evidencias que constitui a dignidade da pessoa humana. Desse modo, a Constituição Brasileira que dispôs sobre a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é uma defesa proveniente da sua individualidade.

Nesse, contexto, para uma concreta proteção da dignidade todos sem exceção precisam protegidos quando necessário pelo conjunto de normas jurídicas, almejando nele ajuda para dirimir tais atitudes danosas.

Segundo Oliveira e Gadelha (2017) o preconceito é uma percepção negativa efetuada acerca de indivíduos ou grupos socialmente considerados inferiores, bem como as representações sociais ligadas a tais percepções. Discriminação é a materialização das relações sociais, das atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas com o preconceito e que leva à violação de direitos dos indivíduos e dos grupos.

Desse modo, agregam-se a este conceito, de modo exclusivo, preponderante ou conjugado, conforme o caso, notas de irracionalidade, autoritarismo, ignorância, pouca disposição à abertura mental, inexistência ou pouca convivência com membros dos grupos inferiorizados.

A homossexualidade nunca foi completamente aceita na sociedade, já tendo sido tratada como inversão, transtorno, distúrbio, doença ou pecado, muitos foram os conceitos e explicações existentes para justificar as “causas” da homossexualidade, o que se sabe ao certo é que dentre as muitas explicações existentes o preconceito e a desdenha são base para a formação destas, contribuindo para pensamentos discriminatórios, e aumentando as justificativas para atitudes homofóbicas. A cultura preconceituosa criada e mantida ao longo de décadas, não foi erradicada pelos novos posicionamentos da medicina do direito ou da psicologia, portanto, analisar - se - á algumas destas justificativas acerca da homossexualidade (PINTO, 2011, p.15).

Oliveira e Gadelha (2017) afirmam que a compreensão acerca da homofobia consta que está em fase de construção, pois se constitui matéria ampla e complexa, no entanto não é concebível aceitar que os maus tratos e discriminação contra os homossexuais sejam efeitos exclusivamente da era moderna.

Todavia, existe atualmente uma realidade onde pode resultar em novas concepções efetivas de respeito ao próximo, aceitando as pessoas socialmente, sem

fazer escolhas quanto sua orientação sexual, pois vivemos em um país democrático, onde todos são iguais perante a lei, e acima de tudo livre para efetuar tais escolhas.

Pinto (2011, p.39) relata que a discriminação por orientação sexual foi abordada pela primeira vez na Conferência Mundial de Beijing em 1995, num fórum das Nações Unidas.

A Conferência ampliou a missão da Comissão na defesa dos Direitos Humanos e igualdade entre homens e mulheres e, criou uma Declaração e uma Plataforma de Ação que recomendavam aos Estados Nacionais que elaborassem planos capazes de atingir o reconhecimento desses direitos nas esferas, públicas e privada, ou seja, a adoção de medidas para garantir à mulher igualdade de direitos e de acesso e plena participação nas estruturas de poder, e na tomada de decisões em toda as nações.

Assim, Reis e Cledes (2017) ressaltam que a discriminação homossexual foi levantada pela primeira vez através da união do Governo Federal e os Ministérios, que promoveram políticas para viabilizar a população homossexual. A primeira medida foi a implementação das recomendações oriundas da Conferência Mundial das Nações de Duban, que foi à criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), pelo ex presidente Fernando Henrique Cardoso em outubro de 2001, através do dec. 3.950 (revogado pelo dec. 5.397/05, e dec. 7.388).

Nesse contexto, pode-se reconhecer que há uma busca incessante pelo reconhecimento dos direitos sociais, políticos e civis dos indivíduos homossexuais, onde almejam que seja efetivada a tutela penal frente aos atos de discriminação e possíveis preconceitos. Sabe-se que é importante de tutela penal frente à criminalização da homofobia. Portanto, é necessário assegurar de forma continua a criminalização da homofobia, pois já foi assegurado esse direito se tratando do preconceito por gênero, por opção religiosa, entre outros, rotulando como grupo pequeno e sem importância.

Portanto Oliveira e Gadelha (2017) consideram que o direito penal de atuação contra às atitudes de ódio e discriminação contra grupos que se enquadram nas minorias sexuais, apenas conseguirá sua eficácia com a orientação político-criminal que identifica na homofobia um requerimento de padrões morais e culturais que constroem a masculinidade, que em vários episódios são

identificados como comportamento social não necessariamente de índole de violência.

Ao criminalizar a homofobia, podemos mencionar os pontos positivos: o direito à vida, bem indisponível, à liberdade, exercer o direito de ir e vir sem sofrer quaisquer atos de violência e o direito a igualdade de ser tratado independentemente da cor, da religião ou qualquer outra forma de discriminação.

Oliveira (2017) esclarece que todos os direitos elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º “Todos somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Portanto, vê-se que em apenas um dispositivo constitucional é apresentado diversos fatores positivos para fundamentar a necessidade de tornar crime a prática da homofobia e assim assegurar direitos indispensáveis aqueles que estão à margem da sociedade.

Lopes e Niza (2017) consideram que a construção das leis é relevante para garantir os direitos dos homossexuais, e estimular formas para que as garantias realmente sejam efetivadas, dando ênfase pela dignidade da pessoa humana, a aprovação o reconhecimento de toda pessoa não se apoia, nem se define em função de sua opção sexual.

Dado o exposto, deve-se considerar que a sociedade atualmente modificou e o homossexualismo que existia desde os primórdios da humanidade, ganhou uma nova visão, e é presente no cotidiano das pessoas, enfrentando uma luta pela sua capacidade de enfrentar o preconceito e também as suas obrigações. As razões sociais do mesmo modo, foram considerados visto que há fragilidade por causa menor poder financeiro, social e legal para encarar a vida em sociedade.

O Projeto de Lei da Câmara (PLC) de nº 122/2006 foi uma iniciativa para combater a prática de agressões de diversos sentidos (agressão verbal, agressão física e psicológica) assim como pela prática em virtude da orientação sexual ou identidade de gênero, quais estas são tentadas por ódio por consequência da discriminação. Uma das propostas do

Projeto tinha o intuito de criar sanções e criminalizar a homofobia, mas uma das principais era alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, em seu artigo 1º que trata sobre os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, sexo, orientação sexual, gênero entre outros (NASCIMENTO, 2015, p.20).

Nesse contexto, sabe-se que no atual Código Penal a homofobia ainda não é crime. Assim como não possui uma legislação específica para regulamentar sobre o preconceito contra homossexuais, e em relação aos crimes contra a honra e a vida desses gêneros.

Segundo Nascimento (2015, p.52) “o uso do direito penal deve ser feito com muita cautela, pois as políticas anti discriminatórias não punitivas de reconhecimento dos direitos civis por enquanto têm sido eficazes na nomeação e na exposição do problema das violências homofóbicas”.

No dia 24 de Maio de 2019, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) consideraram que a homofobia é crime, equiparando as penas por ofensas a homossexuais e a transexuais às previstas na lei contra o racismo. Segundo o texto aprovado na CCJ do Senado, estão sujeitos a punição de até cinco anos de prisão os crimes em decorrência de preconceito com identidade de gênero e/ou orientação sexual, igualando-os aos crimes por preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Também ficou estabelecida pena de um a três anos de reclusão para quem impedir o acesso ou recusar o atendimento em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes abertos ao público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de década de 90, a Organização Mundial da Saúde deixou de utilizar o termo homossexualidade como doença, e incluiu a categoria de orientação sexual, observando, que a orientação sexual de forma isolada não deve ser considerada um transtorno.

Recentemente foi aprovado o Projeto de Lei na Câmara nº122 de 2006, onde dispõe a criminalização da homofobia, e assim por consequência diminuir os índices de violências.

A [Constituição Federal](#) prevê que é garantida a liberdade de expressão, de pensamento, liberdade religiosa e filosófica, dado que o Brasil é um estado laico. Desse modo, essa categoria LGBT vem ganhando espaço e uma legislação específica e direitos reconhecidos legalmente, embora não por unanimidade, pois ainda há quem tente negar-lhes o direito à cidadania, como se não fossem pessoas inseridas na classe de seres humanos e, portanto não merecedoras dos princípios democráticos presentes e expressos em nossa [Constituição](#), pois todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O Brasil goza de um regime democrático, significando que a todos estão assegurados os princípios da dignidade da pessoa humana, baseado, então, nesse princípio, aos homossexuais são asseguradas o tratamento igualitário, a convivência em sociedade e a união estável com seus iguais.

O entendimento dos ministros do STF, configurou uma grande vitória a comunidade LGBT, à partir de agora uma nova batalha será travada que é a educação da população em direitos humanos, pois é uma válida política pública para fazer as pessoas entenderem a importância da aplicação e efetivação de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que, o Brasil apoia a união homoafetiva, ao mesmo tempo que criminalizam a homofobia. No entanto ainda terá um árduo caminho a percorrer, para que benefícios sejam alcançados, do mesmo modo, maiores valores, como fundamentalmente o respeito que é prioridade e uma base irrefutável de diálogo, traz consigo valores e entendimento onde são inclusos o respeito à liberdade de escolha sexual de cada um.

Fica evidenciado que mesmo com toda evolução, com vasto conhecimento, amplitude e desenvolvimento, as pessoas possui coragem de cometer atos de violência contra outras pessoas, apenas porque não aceitam que seus semelhantes tenham diferentes opção sexual.

Desse modo, a relevância dessa pesquisa veio com a necessidade de criminalização da homofobia, a punição para quem pratica tal ato intolerante, pois os cidadãos têm o direito de usufruir de direitos e liberdades, sem distinção de qualquer espécie inclusive a de sexo. Portanto, não é aceitável que os homossexuais

tenham seus direitos cerceados em virtude da discriminação e da intolerância da sociedade.

6. REFERÊNCIAS

AGUILAR, Ruben. **Homossexualismo: O pecado e a missão da igreja.** 2019. Disponível em: <https://www.unasp.br/ec/sites/centrowhite/pesquisas/artigos/homossexualismo-o-pecado-e-a-missao-da-igreja/>

CERQUEIRA, Fábio Vergara. **Sobre efeminação e virilidade, a Grécia vista do pampa.** MÉTIS: história & cultura – v. 10, n. 20, p. 81-109, jul./dez. 2011.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A Igreja Católica e os homossexuais.** 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4420/a-igreja-catolica-e-os-homossexuais>

CORINO, Luiz Carlos Pinto. Na grécia antiga – **homossexualidade e bissexualidade, mitos e verdades.** Biblos, Rio Grande, 19: 19-24, 2006. Disponível em: http://www.brapci.inf.br/repositorio/2010/06/pdf_7b61bc03a1_001097_6.pdf

DIETER, Cristina Ternes. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo Jurídico e o prisma constitucional.** 2012. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/As%20ra%C3%ADzes%20hist%C3%B3ricas%2012_04_2012.pdf

LOPES, Anamaria Fagundes; NIZA, Jaqueline Verônica. **Políticas públicas no combate à homofobia.** Estação Científica - Juiz de Fora, nº17, jan-jun / 2017. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/3728712/pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-no-combate-%C3%A0-homofobia.pdf>

MEDEIROS, Amanda. A evolução histórica da intolerância a homossexualidade. 2015. Disponível em: <https://amandamedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/255042093/a-evolucao-historica-da-intolerancia-a-homossexualidade>

MONTEIRO, Monteiro Rodrigues. **A criminalização da homofobia**. Revista Ciência e Sociedade 1.1 (2016). A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. Revista Ciência e Sociedade, Macapá, n.1, v.1, jan./jun. de 2016.

NASCIMENTO, Louise Premoli. **Criminalização da homofobia**: a tensão entre o preconceito social e o reconhecimento das minorias LGBTQTS sob a ótica dos direitos humanos. CRICIÚMA 2015. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/4214/1/LOUISE%20PREMOLI%20DO%20NASCIMENTO.pdf>

OLIVEIRA, Antonio Carlos dos Reis. **Homofobia no brasil sob a ótica dos princípios constitucionais**. PATROCÍNIO/MG 2017. Disponível em: <http://www.unicerp.edu.br/ensino/cursos/direito/monografias/20172/HOMOFOBIANOBRASILSOB.pdf>

OLIVEIRA, Karla de Souza; GADELHA, Armando Junior da Silva. **Homofobia, tutela penal e o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/homofobia-tutela-penal-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-por-karla-de-souza-oliveira-e-armando-junior-da-silva-gadelha>

PINTO, Ana Carla Costa. **A criminalização da homofobia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Barbacena-MG, 2011. Disponível em: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/dir15.pdf>

RAMOS, Luana Moreira Cruz. **A criminalização da homofobia**. Rio De Janeiro 2014. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/tcc2-luana-moreira-cruz-ramos>

REIS, Lorena Íngry Cardoso; CLEMES, Carina Gassem Martins. **A criminalização da homofobia sob o princípio da dignidade da pessoa humana**. Anais do I Congresso Acadêmico de Direito Constitucional, 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MACHADO, Robson Aparecido. **A Proteção dos Direitos Humanos LGBT e os Princípios Consagrados Contra a Discriminação Atentatória**. Revista direitos humanos e democracia, Editora Unijuí, ano 6, n. 11,

2018.

Disponível

em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>

[1]Especialista em Direito Público, docente da Faculdade Serra do Carmo.

TRATAMENTO JURÍDICO APLICADO AOS PORTADORES DE PERSONALIDADE PSICOPÁTICA NO BRASIL

ANDREIA GUIMARAES BATISTA:
Acadêmica do curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo, Palmas,
Tocantins.

LUCIANA AVILA ZATONELLI^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O estudo aborda a psicopatia e a impossibilidade de aplicação de medidas de segurança em caráter perpétuo com o objetivo de compreender como estão sendo tratados os criminosos portadores de psicopatia pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para o desenvolvimento pesquisa bibliográfica em fontes impressas e virtuais, com natureza qualitativa. Os resultados obtidos foram que: as penas restritivas aos psicopatas não são eficientes, uma vez que são indivíduos semi-imputáveis. As medidas de segurança de um a três anos também não são suficientes. Faltam profissionais qualificados para avaliar a cessação de periculosidade e legislação específica no ordenamento jurídico para tratamento digno e humano dos psicopatas. As medidas de segurança, sem a correta avaliação, podem se estender por toda a vida, se caracterizando pena perpétua, considerada ilegal no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia. Imputabilidade. Semi-imputabilidade. Medidas Aplicadas.

ABSTRACT: The study deals with psychopathy and the impossibility of applying security measures perpetually in order to understand how the criminals with psychopathy are being treated by the Brazilian legal system. For the development of bibliographical research in printed and virtual sources, with a qualitative nature. The results obtained were that: feathers restrictive to psychopaths are not efficient, since they are semi-imputable individuals. Security measures of one to three years are also not enough. There is a lack of qualified professionals to evaluate the termination of dangerousness and specific legislation in the legal system for the dignified and humane treatment of psychopaths. Security measures, without proper

evaluation, can be extended throughout life, characterizing perpetual punishment, considered illegal in Brazil.

KEYWORDS: Psychopathy. Imputability. Semi-imputability. Applied Measures.

1.INTRODUÇÃO

A psicopatia é caracterizada como uma anomalia psíquica/neurológica, encontrando-se englobada no diagnóstico dos transtornos de personalidade antissocial de acordo com o DSM V.

Tal anomalia tem como características a incapacidade de sentir empatia do agente acometido, bem como grande impulsividade e egocentrismo. Ainda, se verifica em relação à psicopatia a existência de diferentes graus do transtorno, sendo que em relação a estes se verifica a relação com o cometimento de diferentes crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo em vista que o transtorno é reconhecido medicamente e que o mesmo pode caracterizar caso de inimputabilidade, previsto no Código Penal Brasileiro como fator exculpante, é possível que ao psicopata, após o cometimento de crime seja aplicada Medida de Segurança. Porém, como o instituto da medida de segurança prevê a liberação do paciente mediante verificação da cessação da periculosidade, e tendo em vista que uma das características da psicopatia é sua não reversibilidade é preciso questionar se a Medida de Segurança aplicada às pessoas com Transtorno de Personalidade Antissocial, mais especificamente aos psicopatas poderá ter caráter perpétuo, ou, de forma diferente possui limitação mesmo não sendo possível o restabelecimento da pessoa acometida?

Ainda, para tratar de melhor forma sobre o assunto é importante que se compreenda acerca da imputabilidade ou não do psicopata, uma vez que de acordo com o art 26 do CP são considerados inimputáveis aquelas pessoas que ao tempo do cometimento do ilícito eram impossibilitados de conhecer o caráter ilícito do mesmo ou de determinar-se de acordo com tal entendimento.

O objetivo geral da presente pesquisa se pautou em compreender a como estão sendo tratados os criminosos portadores de psicopatia pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os objetivos específicos se propuseram a discorrer sobre psicopatia e direito penal; abordar aspectos da imputabilidade penal e, legislação e medidas aplicadas aos psicopatas.

Para este estudo utilizou-se pesquisa bibliográfica em fontes de consulta digitais e impressas, leis, decretos, doutrinas e artigos científicos que tratam sobre o tema.

Para melhor organização deste artigo, foi dividido em itens. A primeira parte trata sobre a psicopatia e direito penal, retratando histórico, conceito e níveis deste distúrbio de personalidade. Logo em seguida trata-se da imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade penal. Posteriormente são abordados aspectos da legislação, medidas de segurança destinadas aos psicopatas e aplicabilidade de medidas de segurança na questão curativa.

2.PSICOPATIA E O DIREITO PENAL

Segundo o Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (2014), DSM-5 tanto a sociopatia quanto a psicopatia estão inseridas nos Transtornos de Personalidade Antissocial. Tais distúrbios possuem semelhanças quanto aos traços de comportamento. Sendo assim, nos dois casos os portadores têm dificuldade em cumprir leis ou costumes sociais; respeitar os direitos do próximo; não demonstram remorso, culpa e tendem a se comportar de forma violenta.

De acordo com Amaral (2017, p.1) o histórico da psicopatia se inicia em:

Aproximadamente entre 1800 e 1835 começaram a surgir vários casos de assassinatos que se assemelhavam por serem todos de caráter grave, normalmente homicídios acompanhados de crueldades. Estes casos possuíam em comum o fato de que seus autores assumiram os crimes, mas não se defendiam, não apresentavam argumentos, nem expunham seus motivos, apenas ficavam inertes durante o julgamento e as perguntas que lhes faziam.

Observa-se que há bastante tempo surgiram estudos sobre os casos de assassinatos graves, em especial aqueles com aspecto cruel. A semelhança entre esses casos é que, embora os autores assumissem a autoria, não se defendiam, tampouco esboçavam motivação, ficam quietos durante o julgamento e às perguntas que lhes eram proferidas.

Para Ballone (2008) um dos primeiros registros da medicina acerca de comportamento relacionado à personalidade psicopática foi por Girolano Cardamo, professor da Universidade de Paiva. No contexto histórico, o filho de Cardamo termina por ser decapitado pelo crime de envenenamento da esposa, com raízes extremamente malignas à saúde. Mesmo sendo culpado, Cardamo não foi elevado ao padrão de insanidade mental total, uma vez que continuava a defender a vontade.

O termo e o conceito de psicopatia são relativamente novos, tendo sido consolidados no ano de 1941 com a obra de Cleckley, intitulada A Máscara da Sanidade, sendo que o transtorno em si, vem sendo estudado, com outras nomenclaturas e variações em partes do diagnóstico desde o ano de 1801 a partir dos estudos do médico francês Phillipe Pinel. (HAUK FILHO, et all, 2009).

De acordo com Amaral (2017) outro trabalho relevante na área da psicopatia é do médico francês Phillipe Pinel, que apresentou em sua trajetória descrições científicas importantes sobre comportamento, padrões, afetividade e que ainda hoje são considerados essenciais para o estudo da psicopatia. Pode-se dizer que a psicopatia é uma anormalidade antiga que afeta a população em geral.

O transtorno de personalidade antissocial, segundo Morana (2018) surge com comportamentos indiferentes pelos sentimentos de outros indivíduos, não possuindo tolerância ao sentimento de frustração, descarregando a fúria em atos violentos, chegando, os portadores, a serem cruéis, tamanho o desprezo por ordem e normas.

Deste modo os psicopatas possuem comportamento diferenciado, insensível e até mesmo violento em alguns casos. O psicopata, embora não apresente indícios clássicos de doença mental, é capaz de apresentar sinais de insensibilidade, falta de empatia remorso ou culpa, impulsividade, entre outros, se comporta socialmente de forma anormal.

A respeito da conduta antissocial Caballo (2008) afirma que geralmente a psicopatia é comparada conduta antissocial, para que seja possível descrever problemas não específicos, mas que envolvem agressividade, dificuldade em controlar os impulsos, atos delinquentes.

Nesse sentido Hauk Filho et al. (2009, p.337):

As características da psicopatia listadas por Cleckley (1941/1976) foram as seguintes: 1) Charme superficial e boa inteligência; 2) Ausência de delírios e outros sinais de pensamento irracional; 3) Ausência de nervosismo e manifestações psiconeuróticas; 4) Não-confiabilidade; 5) Tendência à mentira e insinceridade; 6) Falta de remorso ou vergonha; 7) Comportamento anti-social inadequadamente motivado; 8) Juízo empobrecido e falha em aprender com a experiência; 9) Egocentrismo patológico e incapacidade para amar; 10) Pobreza generalizada em termos de reações afetivas; 11) Perda específica de insight; 12) Falta de reciprocidade nas relações interpessoais; 13) Comportamento fantasioso e não convidativo sob influência de álcool e às vezes sem tal influência; 14) Ameaças de suicídio raramente levadas a cabo; 15) Vida sexual impessoal, trivial e pobremente integrada; 16) Falha em seguir um plano de vida.

É preciso entender que a psicopatia não compreende uma única gama de comportamentos e indivíduos. O Transtorno é classificado em diversos graus, fazendo com que o portador demonstre mais ou menos características do transtorno. Assim, um psicopata em grau leve pode demonstrar não confiabilidade, egocentrismo, charme superficial e falta de reciprocidade nas relações interpessoais, não possuindo, porém as demais características.

Quanto a isso Trindade, Beheregaray e Cuneo (2009) afirmam que o grau leve, onde há a maioria dos psicopatas, são os mais comuns e difíceis de diagnóstico, uma vez que não são elencados em todos os quesitos do Manual de Distúrbios Transtornos Mentais, do transtorno de personalidade antissocial.

Percebe-se que o diagnóstico da psicopatia leve é mais difícil de ser atingido, pois alguns sintomas não são expressos nos manuais de transtorno de personalidade antissocial. Os agentes portadores deste determinado grau de psicopatia tendem a ser narcisistas e egocêntricos portanto, nada confiáveis. Os crimes de homicídio são escassos e estas pessoas, convivem quase despercebidas na sociedade. Porém, são pessoas inteligentes, manipuladoras, mentirosas. Em geral possuem bom comportamento quando são recolhidas as instituições penais.

A respeito dos graus da psicopatia, o grau moderado pode-se dizer que possuem maior dificuldade de conviver em sociedade, são excluídos e isolados, conforme explica Godoi (2019,p.5):

São indivíduos socialmente excluídos que evitam estar em convívio exageradamente social. Não são violentos e/ou totalmente isolados, contudo, são mais difíceis de serem diagnosticados, pois, não são notados no ambiente social. Geralmente possuem uma inteligência acima da média, são narcisistas, dissimulados e manipuladores.

Compreende-se que os psicopatas de grau moderado não são violentos, porém, são calculistas, frios, sádicos, podem se envolver com drogas, álcool, jogos, e outras práticas como vandalismo, prostituição, estelionatos e outros.

Por fim, o psicopata de grau grave é considerado como minoria neste universo, e está relacionado à prática de assassinatos, crimes hediondos, sádicos, que lhe causam prazer, satisfação, em detrimento ao sofrimento alheio.

Sobre os psicopatas de grau grave Silva (2014) afirma que são indivíduos que atentam sobre a vida, integridade física de outras pessoas, com a utilização de métodos cruéis e sofisticados, com a finalidade de se sentir prazer. Os psicopatas desse nível são minoria.

Concordando, Miranda (2012) expõe: “[...] o de maior gravidade comumente podem ser observados crimes hediondos de alta complexidade”. Ainda, infere-se que os psicopatas de grau grave podem adotar comportamento criminal, recorrente, assassinatos em série.

Na visão do Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (2014, p.689), DSM-5 “o indivíduo tem no mínimo 18 anos de idade” quando surgem as primeiras evidências da conduta, porém há registros de iniciar “anteriormente aos 15 anos de idade”. Assim, os psicopatas têm dificuldade em cumprir normas, regras sociais, o que determina em detenções. Em casos mais graves, são realizados assassinatos, idealizados como *serial killers*, pois, os psicopatas têm necessidade de manter o mesmo padrão nos crimes que comete. Em geral, os crimes estão relacionados a sexualidade e a pedofilia.

Para Foucault (2001) era bastante difícil julgar tais indivíduos, que embora assumissem os crimes não se defendiam e nem apresentavam sintomas de loucura. Esses indivíduos também não apresentavam motivos para terem cometido os crimes e por se comportar durante o julgamento.

Para Amaral (2017) não é fácil enquadrar indivíduos com psicopatia no direito penal. Uma das razões é o fato de não haver leis específicas para os portadores do distúrbio. Deste modo, os doutrinadores podem confundir os crimes praticados pelos psicopatas por outros crimes comuns. Os psicopatas não são diagnosticados como portadores de doença mental, mas apresentam distúrbios de personalidade, comportamento e conduta.

Assim, nota-se que pelas características do transtorno de personalidade psicopática, há inúmeras dificuldades para o tratamento da conduta aticada por seus portadores por parte do direito penal, uma vez que o mesmo não parece ter sido concebido para abarcar as complexidades do transtorno.

3. IMPUTABILIDADE PENAL

Acerca da imputabilidade penal entende-se, de forma geral, a condição do agente de responder por crimes praticados, assim como consequências legais, penais fruto da infração. A legislação não trata especificamente da imputabilidade e sim, dos requisitos que isentam, conforme expresso no art. 26 do Código Penal brasileiro:

[...] é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, **inteiramente incapaz de entender o caráter do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento**. (grifo nosso)

Assim, a legislação Penal brasileira considera que são inimputáveis tanto as pessoas que não consigam, por motivo de doença ou desenvolvimento mental, compreender a ilicitude do fato praticado, quanto aquelas pessoas que pelos mesmos motivos apesar de compreenderem o caráter ilícito do fato não consigam se determinar, ou seja, não consigam gerenciar suas ações de acordo com o entendimento da ilicitude.

Masson (2015, p.205) a imputabilidade penal é a prática de conduta e deve ser avaliada no tempo da ação ou omissão, ou seja, qualquer doença ou transtorno que se apresente após à prática da conduta não interfere e produz apenas efeitos processuais.

Para o mestre Reale Júnior (2013), na mesma senda, o indivíduo é considerado imputável se no momento da ação detinha capacidade de entendimento jurídico e autodeterminação e será inimputável o agente que no momento da ação, em função de enfermidade mental não possua capacidade de entendimento, discernimento e autodeterminação.

Na visão de Zaffaroni e Pierangeli (2004) a imputabilidade penal está relacionada com a imputação psíquica e física, a qual designa a capacidade psíquica de culpabilidade. E que, para reprovar ou não aceitar a conduta do agente, é preciso que tenha agido com certo grau de capacidade, que lhe permitiu dispor da autodeterminação.

Na concepção de Cunha (2016, p.287) a imputabilidade é elemento da culpabilidade do agente, indicando que "entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável".

O autor, portanto pondera que a questão da imputabilidade trata da própria possibilidade de reprovabilidade da conduta do agente, pois uma vez que o mesmo não se pode determinar, ou mesmo não pode compreender que o ato cometido feria o direito, não pode ter o juízo de reprovabilidade pesando contra si.

No mesmo sentido aponta Masson (2015) que a imputabilidade penal enquanto capacidade mental do ser humano no momento da ação depende de dois fatores: intelectual e volitivo. O intelectual se fundamenta na higidez psíquica que faz com que o agente tenha consciência do caráter ilícito do fato. O fator volitivo se concretiza a partir da vontade de exercer o controle sobre a disposição que surge no ato ilícito, determinando, desta forma o entendimento.

Para o autor acima mencionado tais fatores ou elementos devem estar presentes em conjunto, uma vez que a falta de algum deles, o sujeito poderá ser tratado inimputável. Assim se o autor possuía o discernimento, mas não a

capacidade volitiva (de autodeterminação) deve ser considerado inimputável, pois a inexistência de um dos elementos, por si só, afasta a possibilidade de reprovabilidade da ação.

Dessa forma, a imputabilidade caminha em conjunto com a culpabilidade, assim como a conduta do agente que cometeu ato ilícito. Os imputáveis estão submetidos ao cumprimento de pena, com caráter preventivo e retributivo, os inimputáveis, já que ausente a reprovabilidade do ato por estarem ausentes os elementos da culpabilidade do agente e os semi-imputáveis, uma vez que possuem parcialmente a capacidade de discernimento e de autodeterminação devem ter a pena atenuada, podendo ter aplicada medida de segurança, tal como os inimputáveis, dependendo do caso concreto.

3.1 SEMI-IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE

Os agentes considerados semi-imputáveis são aqueles que têm a capacidade de entendimento e determinação reduzida em parte, incluindo doença mental e outras patologias ou transtornos de personalidade, que se apresentam em psicopatas, sádicos, narcisistas, impulsivos etc. Essas pessoas possuem condições de discernimento de seus atos, porém, são afetados por tais transtornos psicológicos, sendo difícil de controlar os impulsos, por vezes.

De acordo com Capez (2016, p.346) quanto à semi-imputabilidade:

É a perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação, em razão de doença mental ou de desenvolvimento incompleto ou retardado. Alcança os indivíduos em que as perturbações psíquicas tornam menor o poder de autodeterminação e mais fraca a resistência interior em relação à prática do crime. Na verdade, o agente é imputável e responsável por ter alguma noção do que faz, mas sua responsabilidade é reduzida em virtude de ter agido com culpabilidade diminuída em consequência das suas condições pessoais.

Segundo Reale Júnior (2013), a semi-imputabilidade não pode ser considerada como doença mental, mas como perturbação mental. Considera que seria uma espécie de falha do caráter do indivíduo portador de psicopatia, ou

elevado grau de inteligência, falta de sentimentos, arrependimento, remorso, amor. São pessoas que sofrem e ao mesmo tempo fazem sofrer, causando danos a sociedade e às pessoas próximas.

Os psicopatas, segundo Eça (2010, p.326), são indivíduos que não são capazes de se autodeterminar, assumir atos criminosos que porventura tenham cometido, por falta de compreensão, e, portanto, são considerados semi-imputáveis. Sobre o assunto Eça :

Este é o problema: deve ser ressaltado que os portadores de personalidade psicopática não têm a capacidade necessária de autodeterminação. Serão, portanto, considerados semi-imputáveis, pois conseguem entender o caráter criminoso do fato, mas não têm capacidade de se determinar frente ao cometimento do ilícito.

É de se notar que a posição adotada pelo autor leva em consideração somente a capacidade de compreensão da ilicitude do fato, não levando em conta o elemento relativo à possibilidade de autodeterminação.

Quanto a análise da autodeterminação de psicopatas violentos (no caso, de serial killers), Bonow aponta que:

Nota-se que a doutrina tanto da área jurídica quanto da área psicológica concordam em dizer que a psicopatia que porta o serial killer não o impede de conhecer a ilicitude do fato, visto que não pode ser considerada alienação mental franca, não podendo por isso tornar então o sujeito inimputável. Porém não se localiza análise por parte da doutrina da segunda parte do art 26 do Código Penal, qual seja, a impossibilidade de agir de acordo com o entendimento da ilicitude.

A lei penal é clara ao também considerar inimputável o agente que mesmo conhecendo a ilicitude não tenha capacidade de determinar seus atos de acordo com tal entendimento. (BONOW, 2008, p. 24)

A autora indica, de forma condizente com o que a maioria da doutrina penal brasileira que não havendo a possibilidade de autodeterminação, não haverá

portanto a culpabilidade do agente, necessário é, portanto definir se há ou não possibilidade de autodeterminação do indivíduo portador de transtorno psicopático, especialmente em grau grave.

Reale Júnior (2013) ainda depreende que a condição de desenvolvimento mental incompleto ou retardado pode caracterizar inimputabilidade ou semi-imputabilidade. O que diferencia é o aspecto psicológico, ou seja, a falta de capacidade de se compreender que cometeu crime ou de se autodeterminar, ou seja, de conduzir seus atos de acordo com o entendimento do ilícito.

Quanto à inimputabilidade, segundo Masson (2015) ocorre quando o indivíduo portador de doença mental ou desenvolvimento incompleto não possui de fato autodeterminação no momento do fato, ou seja, é completamente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato.

Assim, os inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado estão sujeitos à medida de segurança, como: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial, em conformidade ao que preceituam os arts. 96 e 97 do Código Penal brasileiro. Para os semi-imputáveis, a lei dispõe que "necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial", também de acordo com o preconizado no art. 98 Código Penal do Brasil.

4. A LEGISLAÇÃO E AS MEDIDAS APLICADAS AOS PSICOPATAS

Apesar de não haver legislação específica aplicável a pessoa portadora de Transtorno de personalidade psicopática, é importante compreender as formas de aplicação da legislação penal brasileira à tais indivíduos e aos crimes por estes cometidos.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 228, "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". (BRASIL, 1988)

O Código Penal, em seu artigo 26 dispõe sobre a inimputabilidade da seguinte forma:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Assim trata o Código Penal de considerar inimputáveis tanto as pessoas que não possuíam nenhuma capacidade de compreensão da ilicitude do fato, incapacidade esta motivada por doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto, tanto quanto das pessoas que mesmo possuindo tal discernimento não se acham aptas a agir de acordo com tal entendimento, bem como às pessoas que mesmo possuindo o entendimento do ilícito no momento do fato não possuíam capacidade de autodeterminação.

Já o Parágrafo único do art. 26, ao tratar da semi-imputabilidade, determina que poderá ser reduzida a pena de um a dois terços, caso o agente apresente perturbação mental devido à desenvolvimento incompleto ou retardo, comprovando que não era capaz de compreender inteiramente a ilicitude do ato cometido, ou que pelo mesmo motivo tivesse reduzida a sua capacidade de auto determinar-se de acordo com tal entendimento.

Para Ballone (2008) afirma que o psicopata não pode ser declarado insano antes de ser avaliado por perito. Isto, porque a imputabilidade requer ciência dos fatos. O fato de discernir certo e errado já é o suficiente para que os psicopatas tenham condições de conhecer as normas como as demais pessoas. Há a questão do impulso resistível, e neste caso, apesar de ter consciência do certo e errado, o psicopata é submetido a impulso irresistível.

Assim, há que se analisar a aplicação do disposto no *caput* do art 26 do Código Penal, uma vez que caso tal impulso seja irresistível é possível considerar que tal agente apesar de conhecer o caráter ilícito de seus atos não se podia determinar de acordo com tal entendimento.

Nesse sentido Bitencourt (2018, p.1) afirma que:

[...] a *capacidade de entendimento* não significa que o agente possa autodeterminar-se exercendo um controle total sobre os seus impulsos. Pode acontecer que por um transtorno dos impulsos o agente tenha perfeitamente íntegra a capacidade de discernimento, de valoração, sabendo perfeitamente o que é certo e o que é errado, e no

entanto, não tenha capacidade de controle de autodeterminação.

Porém, Ballone (2008) informa que a ideia do impulso irresistível não é comungada por todos, uma vez que se encontram ambiguidades na questão desse impulso, por exemplo, em muitos casos está relacionado a espontaneidade, e em geral os psicopatas avaliam o crime durante algum tempo antes de cometê-lo ou concretizá-lo.

Há nesse caso que se analisar se ao tempo da ação o impulso foi realmente irresistível, de grande monta (capaz de parcialmente afastar a capacidade de resistência do agente), ou plenamente resistível, pois nesta discussão, aplicada a cada caso concreto, uma vez que demonstrada a possibilidade de manifestação diversificada entre os agentes de tal capacidade, reside a dúvida quanto a imputabilidade ou não dos psicopatas.

Continua Ballone (2008) dizendo que existem três aspectos que os tribunais se focam quanto a delitos cometidos por psicopatas: responsabilidade total, atenuada e isenção de responsabilidade. Na última opção citada compreende-se que o psicopata é considerado doente mental, com anomalias que afetam a personalidade e por isto, precisa ser encaminhado a hospital psiquiátrico e não à penitenciária, sendo que nos outros dois casos seria aplicada pena privativa de liberdade com diminuição de pena pela semi-imputabilidade (neste caso podendo haver igualmente determinação de medida de segurança) ou de forma integral, caso considerada a plena imputabilidade do agente.

Assim, quando o psicopata é considerado incapaz de se autodeterminar, atua de forma impulsiva, são classificados como inimputáveis, e são submetidos a tratamento por medida de segurança, e, caso se reconheça a semi-imputabilidade, ao psicopata será aplicada pena que poderá, nos termos do art 98 do Código Penal ser substituída por Medida de Segurança.

Quanto às medidas de segurança Jesus (2003) ressalta que as medidas de segurança têm como objetivo principal a cura dos indivíduos que se submetem a tal instituto, pois, possuem natureza preventiva, para que o criminoso não venha a reiterar os delitos cometidos.

Na visão de Nucci (2013, p.19), as medidas de segurança:

Trata-se de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi- imputável,

mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.

Nesta senda, observa que as medidas de segurança aplicadas aos psicopatas visariam à recuperação ou cura dos indivíduos, porém grande problema se insurge quando se verifica pela doutrina médica que, até o momento, não foi localizada possibilidade de cura para tal transtorno.

Para Greco (2011) a Lei de Reforma Psiquiátrica, art. 4º, § 1º que uma das finalidades é de fato devolver o paciente à sociedade. Desta forma, pode-se dizer que a intenção do Estado, ao criar este instituto foi de evitar o cometimento de crimes futuros por psicopatas com alto grau de periculosidade, e ao mesmo tempo, curar a doença ou enfermidade, contribuindo no processo de reinserção social. Compreende-se que para que a reinserção ocorra precisa ser comprovada a cura ou controle da referida enfermidade.

Ocorre que, a reincidência criminal dos psicopatas é frequente conforme explica Silva (2008, p.133): "A taxa de reincidência criminal dos psicopatas é cerca de duas vezes maior que a dos demais criminosos" pois, não consideram a pena imposta como meio coercitivo ou preventivo, de forma que não haveria resultado positivo a imputação de tal sanção. Em geral os psicopatas não são favoráveis a tratamentos psicoterapêuticos e o fato de não haver cura, pode-se dizer que a internação não se mostra eficaz para os casos mais graves.

Sobre o assunto Trindade (2012, p.176-177) declara: "não haver evidências de que podem existir tratamentos psiquiátricos com eficiência real na redução da violência ou criminalidade, contra psicopatas". E mais, em alguns casos, os psicopatas tentam ludibriar o tratamento, adulterar exames, normas disciplinares, promovendo a total desestruturação tanto do tratamento, quanto das instituições (TRINDADE, 2012).

Na visão de Banha (2008) os psicopatas possuem facilidade em ludibriar pessoas, são pessoas cativantes e utilizam de todos os meios de enganar, obter vantagem, adulterando resultados de exames, confundindo os profissionais no processo de avaliação e análise.

Para Albergaria (1999) a prisão, de fato, não seria a solução para crimes cometidos pelos psicopatas, tampouco as medidas de segurança, que se mostram

insuficientes e até mesmo inúteis, pois não possuem sequer chance de cura. Nesta senda, infere-se que é preciso que o Estado precise reconhecer que o psicopata não é uma pessoa comum, e que por isso precisa de tratamento sistematizado, além da criação de políticas criminais voltadas para esta área.

Considerando que o prazo para o cumprimento de medida de segurança aplicada ao psicopata é exíguo, a recomendação conforme declara Bitencourt (2010, p.785) que:

A duração equivalente há trinta anos, que é o maior lapso temporal de privação de liberdade do infrator permitido pelo Código Penal. Sustentamos que em obediência ao postulado que proíbe a pena de prisão perpétua dever-se-ia, necessariamente, limitar o cumprimento das medidas de segurança a prazo não superior a trinta anos, que é o lapso temporal permitido de privação da liberdade do infrator.

O Código Penal brasileiro, §§ 1º e 2º do art. 97 preconiza: "Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial".

Assim, os psicopatas que não possuem possibilidade de cura, cabe ao Estado aplicar medida de segurança em tempo máximo para cumprimento da pena, ou seja, trinta anos, com avaliações periódicas dos indivíduos e, caso a periculosidade persista, deverá ser decretada a interdição do agente.

Segundo Zaffaroni; Pierangeli (2004, p.812):

Se continuar a doença mental da pessoa submetida à medida de segurança, a solução é comunicar a situação ao juiz doível ou ao Ministério Público, para que se proceda, conforme o art. 1.769 do Código Civil em vir a internação nas condições do art. 1.777 desse mesmo Código.

O Supremo Tribunal Federal em decisão do Min, Marco Aurélio (2005) já se manifestou a respeito da interdição civil de pessoas portadoras de transtorno de personalidade grave, a fim de que não possa promover riscos à comunidade se posto em liberdade, *in verbis*:

MEDIDA DE SEGURANÇA – PROJEÇÃO NO TEMPO – LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. Após os votos dos Ministros Marco Aurélio, Relator, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau deferindo o pedido de habeas corpus, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente. Falou pelo paciente o Dr. Waldir Francisco Honorato Junior, Procurador Estadual.^{1ª Turma, 09.11.2004. Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence, de acordo com o art. 1º, § 1º, in fine, da Resolução n. 278/2003. 1ª Turma, 14.12.2004. Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª Turma, 15.02.2005. Decisão: Prosseguindo o julgamento, após a retificação de voto dos Ministros Marco Aurélio, Relator, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau, a Turma deferiu, em parte, o pedido de habeas corpus para que, cessada a aplicação da medida de segurança, se proceda na forma do art. 682, § 2º. do Código de Processo Penal ao processo de interdição civil do paciente no juízo competente, na conformidade dos arts. 1.769 e seg. do Código Civil, nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente. Unânime. 1ª. Turma, 16.08.2005 (STF – HC: 84219 SP, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 16/08/2005, 1ª Turma, Data da Publicação: DJ 23-09-2005).}

Tal decisão já confirmada por outras ações impetradas no Superior Tribunal e Justiça afirmando que a medida de segurança é aplicada substituindo a pena corporal e que sua duração deve ser relativa ao da pena privativa de liberdade. Porém, se periculosidade persistir deve-se ativar a interdição do agente por meio de juízo cível.

5. DA APLICABILIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA AO PSICOPATA, E A QUESTÃO CURATIVA

Com relação ao tratamento jurídico e penal dispensado aos psicopatas, pode-se dizer que é polêmica. Ao mesmo tempo em que se compreende que os psicopatas não são seres humanos normais, aptos a conviver em sociedade, devido à instabilidade de personalidade que apresenta, é preciso reconhecer que não podem responder pelos atos ilícitos, por falta de autodeterminação.

Aos psicopatas são aplicadas Medidas de Segurança, sanções direcionadas a esses indivíduos que cometem crimes, na condição de inimputável. Ou seja, mesmo diante de isenção de pena, o Código Penal obriga ao cumprimento de uma Medida de Segurança.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, § 1º “não haverá penas; b) de caráter perpétuo”. O artigo 97 do Código Penal determina que se o agente for inimputável, o juiz poderá determinar a sua internação. Se o crime na modalidade pena de detenção, o juiz poderá encaminhá-lo a tratamento ambulatorial, que será por tempo indeterminado, se alongando até que, comprovada por perícia médica, a cessação da periculosidade. É estabelecido somente o prazo mínimo de um a três anos.

Porém, o fato de não haver tempo determinado para o cumprimento da medida de segurança pelos inimputáveis, e nesta se classifica os psicopatas, acredita-se que não se pode ficar indeterminadamente exposto aos cuidados do Estado. Significa dizer que de acordo com o art. 75 do Código Penal “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não poderá ser superior a trinta anos”.

Desta forma, compreende-se que mesmo diante do cumprimento de Medida de Segurança por tempo indeterminado, há a concepção de que na verdade o psicopata não está preso, mas em tratamento, e que assim a restrição sem previsão de término não seria um mal, ao contrário, contribuiria para a prevenção de novos crimes, ou até que cesse a periculosidade.

Porém, de toda forma há restrição da liberdade de locomoção garantida por direitos dos cidadãos. A única diferença da Medida de Segurança é que o psicopata precisa ficar detido por tempo indeterminado, ou até que cesse a periculosidade.

Vale ressaltar que a psicopatia é incurável e, desta forma, a Medida de Segurança não teria término, ou seja, esse indivíduo ficaria em prisão perpétua, se configurando pena privativa de liberdade. Por isto, as Medidas de Segurança aplicada aos psicopatas não cumprem o objetivo maior, que seria a cura, se transformando sim, em pena privativa de liberdade, em caráter perpétuo.

Devido a total falta de legislação sobre o tema, acredita-se ser fundamental a edição de leis específicas, que tratem das condições penais aplicadas aos psicopatas, que estejam em conformidade com a Constituição Federal do Brasil de 1988 e para evitar qualquer tipo de julgamento injusto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo aborda a psicopatia e a impossibilidade de aplicação de medidas de segurança em caráter perpétuo com o objetivo de compreender como estão sendo tratados os criminosos portadores de psicopatia pelo ordenamento jurídico brasileiro

Pode-se afirmar que o problema inicial da pesquisa foi respondido, pois, as medidas de segurança, às quais os psicopatas são submetidos têm término quando se constata a cura ou controle da psicopatia. Porém, a literatura mostrou que a psicopatia não tem cura, o que faz com que esses indivíduos permaneçam por toda a vida encarcerada, mesmo sendo em instituições para tratamento.

Observou-se que os psicopatas são pessoas que conhecem que o ato cometido é ilícito, porém, não possuem responsabilidade, compromisso ético, e baixo controle dos impulsos. São extremamente inteligentes e podem manipular negativamente tentativas de impor-lhes a capacidade de autodeterminação. São considerados semi-imputáveis, por isso as penas de privação de liberdade não eficazes com relação a punição, ou ressocialização.

Grande parte dos legisladores e doutrinadores entende que, como no Brasil não existe prisão perpétua, as penas aplicadas aos psicopatas na forma de medida de segurança deve ser ampliada para trinta anos. Se comprovado que houve redução da periculosidade é reavaliado.

Porém, caso não apresentem evolução no tratamento, os psicopatas são encaminhados a instituições psiquiátricas, sanatórios onde permanecem detidos por tempo indeterminado, ou seja, até o final da vida, caracterizando prisão perpétua.

Considerando que no ordenamento jurídico brasileiro não há amparo legal para a prisão perpétua, se faz necessária a presença de profissionais qualificados

para avaliar os psicopatas, quanto à cessação da periculosidade, assim como a edição de legislação específica. Atualmente os psicopatas são penalizados como se fossem criminosos comuns.

Devido à complexidade do tema merece ser mais bem explorado em novos trabalhos, servindo de suporte aos profissionais da área, aprofundando a legislação que subsidie formas de neutralizar o comportamento nocivo dos psicopatas grau grave.

7. REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jasom. **Noções de criminologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

AMARAL, Gabriella. Personalidade psicopática: implicação no âmbito do direito penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5239, 4 nov. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60784>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BALLONE, G J; MOURA, E C. **Personalidade psicopática**. 2008. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=72>> . Acesso em: 3 jun. 2019.

BANHA, Nathalia Cristina Soto. **A resposta do estado aos crimes cometidos por psicopatas**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321 . Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília: Subsecretária de Edições Técnicas, 2017.

_____. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> . Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. **Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm> . Acesso em 22 mar. 2019.

_____. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais [recurso eletrônico]**: DSM-5 / [American Psychiatric Association] ; tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento ... et al.] ; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli. [et al.]. – 5. Ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONOW, Helena Goristidi. **A Imputabilidade Penal do Serial Killer**. Universidade Luterana do Brasil. 2008.

CABALLO, Vicente E. Manual de **Transtornos de personalidade**: descrição, avaliação e tratamento. São Paulo: Livraria e Editora Santos, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal simplificado, parte geral**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches Cunha. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

EÇA, Antônio José. **Roteiro de psiquiatria forense**. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: curso no collège de France (1974-1975). Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (Coleção tópicos).

GODOI, Leonardo de Luiz. **Psicopatia**. Psicologia da educação II, Universidade de São Paulo: Instituto de Física de São Carlos, São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://www.gradadm.ifsc.usp.br/dados/20162/SLC0631-1/psicopatas.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2019.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HAUK Filho, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira; DIAS, Ana Cristina Garcia. **Psicopatia: O construto e sua avaliação**. Avaliação Psicológica. 2009 p. 337-346

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 3. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

MORANA, Hilda. Tipos de transtornos de personalidade, **Psychiatryonline Brasil**, **2 mai. 2018**. Disponível em: <<https://www.polbr.med.br/2018/05/02/hilda-morana-em-capitulos-capitulo-7/>> Acesso em: 13 mar. 2019.

MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H.; ABDALA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e *serial killers*, Rev. Bras. Psiquiatr. vol.28 suppl.2 São Paulo Oct. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005> Acesso em: 18 mar. 2019.

MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. Psicopatia: conceito, avaliação e perspectivas de tratamento, **Psicologado**, jul 2012. Disponível em: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/psicopatia-conceito-avaliacao-e-perspectivas-de-tratamento>> Acesso em: 3 jun. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral; parte especial. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: Parte Geral. 4 Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

_____. **Mentes perigosas**: o psicopata mora ao lado. São Paulo: Globo, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC: 84219** SP, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 16/08/2005, 1ª Turma, DJ 23-09-2005). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763647/habeas-corpus-hc-84219-sp>> Acesso em: 22 mar. 2019.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia**: a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

.ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[1] Especialista em Direito Público, Professora, do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, Palmas, Tocantins: E-mail: lucianazanotelli@gmail.com

O ÍNDICE DE REINCIDÊNCIA DOS ADOLESCENTES INFRATORES QUE CUMPREM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA NO CASE DE PALMAS

IGOR HENRIQUE FERREIRA DE LIMA:
Bacharelado do curso de Direito da Faculdade
Católica do Tocantins.

FÁBIO BARBOSA CHAVES^[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo apresenta o estudo sobre o índice de reincidência dos adolescentes infratores que cumprem medida sócio educativa no case de Palmas, tendo como objetivo geral demonstrar a eficácia e as falhas das medidas socioeducativas, abordar esse sistema que facilita a identificação das mazelas, e apontar o que de fato influencia a reincidência dos adolescentes infratores. Existem vários fatores que potencializam essa realidade, como os de cunho econômico, social, político, familiar e psicológico e que por sua vez, são de responsabilidade do Estado, família e da sociedade. São levantadas informações a respeito das medidas sócio educativas, demonstrando a falta de estrutura do Estado no que diz respeito a aplicação das medidas sócio educativas.

Palavras-chaves: Medidas socioeducativas. Criança e Adolescentes. Infrator.

ABSTRACT: *This article presents a study about the recidivism rate of juvenile offenders who meet the social educational measure in the case of Palmas. The main objective of this study is to demonstrate the efficacy and failures of socio-educational measures, to address this system that facilitates the identification of ills, and to point out what in fact influences the recidivism of juvenile offenders. There are several factors that potentiate this reality, such as economic, social, political, family and psychological, and which in turn are the responsibility of the State, family and society. Information is collected regarding social educational measures, demonstrating the lack of State structure regarding the application of socio-educational measures.*

Key-words: *Socio-educational measures. Child and Adolescent. Offender.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar o índice de reincidência dos adolescentes infratores que cumprem medida sócio educativa no Case de Palmas. Discute-se acerca dos fatores que podem estar contribuindo com a reincidência, e como se dá os procedimentos que envolvem as medidas socioeducativas,

Será analisado o conceito de ato infracional, estudadas as medidas sócio-educativas e os fatores que possam estar contribuindo de forma significativa com a reincidência desses jovens infratores no Case de Palmas.

As Medidas aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais e previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), apesar de configurarem uma resposta à prática de um delito, apresentam caráter predominantemente educativo, e não punitivo, como advertência e prestação de serviços à comunidade.

Dentre os fatores que podem estar contribuindo direto ou indiretamente para o índice de reincidência, tem-se a exclusão social e a insuficiência de políticas públicas específicas para prevenção e inclusão social.

No Brasil, preconiza-se em relação ao adolescente privado de liberdade uma medida com caráter de socioeducação, porque se entende que esse menor infrator ainda está em processo de formação. Sabe-se que esta não se encontra refletida na realidade fática, já que nos estabelecimentos para cumprimento da internação, pouco se diferem dos prisionais.

Podendo assim afirmar ainda que, em momento de crise econômica, a expectativa é que haja, de fato, um aumento na criminalidade, especialmente entre os mais jovens. O índice de reincidência dos menores que cumprem medida socioeducativa pode ser visto como um importante fator de percepção do sistema de ressocialização e conseqüentemente de sua eficácia.

1 O ATO INFRACIONAL

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ato infracional é a conduta definida como ato típico previsto na legislação penal, mas praticada por criança ou adolescente. Da mesma forma que se efetiva na legislação criminal, para

que ao menor seja imputado conduta definida como ato infracional, é indispensável a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade do fato.

Para o cometimento de atos infracionais, o ECA prevê a aplicação de medidas de proteção, quando o responsável pela conduta for criança. Tratam-se das medidas previstas no art. 78 do estatuto, como o encaminhamento da criança aos responsáveis; orientação, apoio e acompanhamento temporários, matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inserção em programa comunitário ou de auxílio à família, à criança e ao adolescente; tratamento médico com equipe multiprofissional, podendo ser atendimento hospitalar ou ambulatorial, acomodação em abrigo ou entidade de atendimento e a adaptação à família substituta.

A Constituição da República Federativa do Brasil e o Estatuto da Criança e do Adolescente conferem à criança e o adolescente, sem distinção, como sujeitos de direitos, tendo condições especiais por estarem em pleno desenvolvimento mental, social, físico e emocional, promovendo estratégias e ferramentas de extrema necessidade com o propósito de sensibilizar, e transformar a realidade desse grupo social, buscando assegurar e garantir os seus direitos.

De acordo com o ECA, é obrigatória a presença do advogado quando se efetiva a apreensão do menor acusado da prática do ato infracional, o que possibilita igualdade na relação processual. Durante o trâmite processual, os direitos e garantias são atribuídos aos sujeitos passivos, desde o momento que se inicia a relação processual:

São as inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em se tratando das políticas de promoção e defesa de direitos e dentre elas destacamos as mudanças de método: substitui a Doutrina da Situação Irregular pela Doutrina da Proteção Integral. O modelo repressor do antigo sistema é substituído pelo trabalho sócio-pedagógico. (COSTA apud VIEIRA, VERONESE, 2006, p. 36)

Junto com o aspecto infracional, o ECA assegura aos menores os direitos sociais constitucionalmente garantidos, como saúde, educação, família, assistência

social, lazer entre outras, conferindo tratamento diferenciado e preferencial, buscando proteção plena em todas as etapas de seu desenvolvimento.

2 O ADOLESCENTE

Pode-se conceituar o adolescente como o sujeito que se encontra no processo de transição, compreendendo o período entre a criança e adulto, marcada como a fase da ocorrência de inúmeras alterações físicas e mentais, com repercussão pessoal, mas com repercussão em todo o ambiente em que se encontra inserido.

No Brasil, o ECA considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e define a adolescência como o indivíduo que se encontra entre a faixa etária de 12 a 18 anos de idade (artigo 2º). Em casos excepcionais dispostos na legislação, o estatuto pode ser aplicável até os 21 anos de idade (artigos 121 e 142).

A CRFB/88, no seu Art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988)

É dever do estado assegurar e priorizar políticas públicas que visam assistir de forma integral esse público, nos termos da política de atendimento que vem prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças brasileiras, sem distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação, passaram de objetos a sujeitos de direitos, considerados em sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, a quem se deve assegurar prioridade absoluta na formulação de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos nas dotações orçamentárias das diversas instâncias político-administrativas do País.

O art. 86 do Estatuto define a política de atendimento:

A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 1990)

Outros preceitos de grande relevância contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, e que marcam a ruptura com o velho paradigma da situação irregular são: a prioridade do direito à convivência familiar e comunitária e, conseqüentemente, o fim da política de abrigo indiscriminado; a priorização das medidas de proteção sobre as socioeducativas, deixando-se de focalizar a política da infância nos abandonados e delinquentes; a integração e a articulação das ações governamentais e não-governamentais na política de atendimento; a garantia de devido processo legal e da defesa ao adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional; e a municipalização do atendimento; só para citar algumas das alterações mais relevantes.

2 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As Medidas socioeducativas são medidas aplicáveis a adolescentes autores de atos infracionais e estão previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Apesar de se configurarem resposta à prática de um delito, apresentam um caráter predominantemente educativo e não punitivo.

O Juizado da Infância e da Juventude é o foro competente para proferir sentenças socioeducativas, após análise da capacidade do adolescente de cumprir a medida, das circunstâncias do fato e da gravidade da infração. A execução das medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade (PSC), liberdade assistida (LA), semiliberdade e internação é de responsabilidade do órgão ou departamento da estrutura governamental - Poder Executivo Estadual.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) visa o desenvolvimento de ações socioeducativas amparadas nos princípios dos direitos humanos, objetivando ideias de forma conceitual, estratégica e operacional, estruturado, principalmente, em bases éticas e pedagógicas.

O adolescente autor de ato infracional é responsabilizado por determinação judicial a cumprir medidas socioeducativas, que contribuem, de maneira pedagógica, para o acesso a direitos e para a mudança de valores pessoais e sociais dos adolescentes.

Compreender as motivações que arrastam os jovens para a criminalidade violenta parece ser um dos desafios mais urgentes para a superação da situação na qual os adolescentes se encontram (SILVA; ROSSETTI-FERREIRA, 1999).

Identificar e compreender os fatores de risco ou de proteção influenciam ou protegem jovens que apresentam comportamentos agressivos. Tais fatores podem acarretar mais infrações ou diminuí-las, sendo fundamental conhecer projetos de intervenção, e que sejam elaborados para que ações de prevenção possam ser executadas.

A população infanto-juvenil constitui um dos segmentos mais prejudicados pelos problemas sócio-econômicos-culturais do país (CRUZ-NETO; MOREIRA, 1998).

Crescer em comunidades pobres tem sido identificado como um fator de risco para a prática de atos infracionais. Segundo Hawkins, Herrenkohl, Farrington, Brewer, Catalano, Harachi e Cothorn (2000), assaltos e roubos são duas vezes mais prováveis entre adolescentes pobres do que entre adolescentes infratores de classe média. Além disso, 53% dos adolescentes autores de ato infracional nos Estados Unidos estão abaixo da linha da pobreza (KAMRADT, 2000).

Em uma análise envolvendo seus 30 anos de pesquisa sobre maus-tratos infantis, Cicchetti (2004) afirma que os maus tratos à criança têm mostrado, de modo consistente, exercer influência negativa sobre o desenvolvimento muito acima dos efeitos da pobreza. O autor afirma que a pobreza não é a causa em si dos maus tratos, mas que o estresse provocado por ela é um forte fator de risco. Membros de famílias de baixa renda estão em contato direto com vários fatores, como aumento da probabilidade de gravidez indesejada, estresse emocional, fracasso acadêmico e transtorno mental (CRUZ-NETO; MOREIRA, 1998).

Capacidade verbal baixa e problemas de aprendizagem também se associam fortemente a outros fatores que contribuem para a conduta infracional.

Quando tais dificuldades estão presentes, surgem dificuldades na escola e, por sua vez, tais dificuldades podem levar a uma série de problemas escolares, culminando em problemas de comportamento. Do mesmo modo, as habilidades verbais inadequadas associam-se a uma multiplicidade de problemas psicossociais (STRAUS, 1994).

Straus (1994) aponta para o fato de que o Quociente de Inteligência - QI dos adolescentes autores de atos infracionais é mais reduzido do que o de outros não-infratores. Entretanto, há que se ter cautela sobre a relação entre baixo desempenho intelectual e ocorrência de atos infracionais, pois nem sempre é fornecido detalhamento suficiente de quais os instrumentos utilizados para se medir a inteligência e se os mesmos eram validados para a amostra estudada. Sabe-se que muitos dos jovens que praticam delitos provêm de camadas minoritárias, e os testes utilizados podem não ter sido culturalmente apropriados.

É possível dividir os fatores de risco para a conduta infracional em fatores de natureza biológica ou de natureza ambiental. Divisão apenas didática, sendo variáveis não são naturalmente exclusivas e, sim, interagem de forma a múltipla a conduta de um indivíduo. É de suma importância considerar que o comportamento humano não é determinado por um simples conjunto de variáveis, mas multideterminado por relações complexas entre variáveis biológicas e ambientais.

Considera-se que um indivíduo que viola normas sociais, tal como no caso do adolescente em conflito com a lei, como sendo uma pessoa exposta a diversos fatores de risco pessoais, familiares, sociais, escolares e biológicos. Existem inúmeros adolescentes que foram ou são expostos a uma série de fatores de risco, mas são socialmente adaptados, não exibindo níveis de agressões e comportamentos infracionais.

3 AS TÉCNICAS EDUCATIVAS E JURÍDICAS

Sabe-se que a educação é um dos meios de transformação do ser humano, visto que está sempre na pauta de políticas públicas, seja na prevenção ou na redução da criminalidade juvenil. Compõe a base de trabalho os jovens que se encontram em vulnerabilidade.

A atribuição de educar implica em criar e traçar estratégias e condições ideais para o desenvolvimento das pessoas, favorecendo o processo de amadurecimento e a inserção desses indivíduos na sociedade do seu tempo, em consonância com a cultura universal.

Estudos comprovam que a educação é importante no combate da maioria dos problemas enfrentados pela sociedades, a exemplo da criminalidade. Cabe então , defender e enfatizar que os investimentos voltados à educação precisam vir acompanhados de medidas de segurança pública.

Segundo Freire, “A educação não é uma condição para prevenir a criminalidade. A educação é um instrumento para escolhas, para as pessoas poderem mudar suas atitudes” (FREIRE, 1994).

Sendo cabível discutir a questão educacional, mas não como um programa emergencial e compensatório, tratado de forma simplista e leviana como geralmente se observa nos programas de educação de adultos.

Educação compreende a promoção do nível de consciência das pessoas, situando o indivíduo em seu meio e tempo, desenvolvendo potenciais e competências físicas, psicológicas e emotivas. Ressalta que o fator trabalho entra nesse contexto como complemento e um dos planos do projeto de existência de cada indivíduo.

Percebe-se que efetivamente haja diminuição da marginalidade, sendo necessário que o Brasil apoie e incentive práticas educacionais, pugnando-se pela real atuação do Estado e da sociedade.

4 HISTÓRICO DO DIREITO MENORISTA PÁTRIO

O primeiro traço de um direito que se preocupar em tutelar a vida dos menores em terras brasileiras deita suas raízes sobre as Ordenações Filipinas, datadas do ano 1595, estas leis regulavam o direito durante a vigência da União Ibérica, e, após sua dissolução, foi a normativa jurídica que ordenou o Reino de Portugal, e por consequência vigeu sobre o Brasil colônia, Reino, Império e República em matéria cível até o ano de 1916 com a edição do primeiro Código Civil de 2012.

No que tange a responsabilidade do menor, nas Ordenações de Portugal, o este era tratado em pé de igualdade com o considerado adulto para termos de imputação da responsabilidade penal e civil. As ordenações prescreviam: “Título CXXXV. Quando os menores serão punidos por os delitos, que fizeram [...]”. Jaine Borges Soares, ao explicar sobre a imputabilidade nos ensina que:

A imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos, eximindo-se o menor da pena de morte e concedendo-lhe redução da pena. Entre dezessete e vinte e um anos havia um sistema de ‘jovem adulto’, o qual poderia até mesmo ser condenado á morte, ou, dependendo de certas circunstâncias, ter sua pena diminuída. A imputabilidade penal plena ficava para os maiores de vinte e um anos, a quem se cominava, inclusive, a pena de morte para certos delitos (2010,s/p.).

Como observado nas palavras da autora, as Ordenações indicavam que a imputabilidade penal se daria aos 7 anos de idade, e até a idade supramencionada, a estes, não se aplicaria a pena capital, tendo a concessão de uma redução de pena, no entanto, dos 17 aos 20 a aplicação da penalidade plena ficava a cargo da avaliação do julgador. Para estes era possível a aplicação da pena capital, mas também era possível a aplicação da pena capital, mas também era possível a ponderação da pena aplicada diante das circunstâncias fáticas. E como bem assevera Janine Borges Soares (2010), sendo o agente maior de 21 anos aplicar-se-ia a pena plena.

Neste passo as Ordenações, no Título CXXXV dispunham assim:

Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte anos, cometer qualquer delito, dar-lhe-á a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco anos passasse. E se for de idade de dezessete anos até vinte, ficará em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total ou diminuir-lhe. E em este caso olhará o Julgador o modo com que o delito foi cometido, e as circunstâncias dele, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-á, posto que seja de morte natural. E parecendo-lhe que não a merece, poder-lhe-á diminuir, segundo a qualidade, ou

simplesza, com que achar, que o delito foi cometido. E quando o delinqüente for menor de dezessete anos cumpridos, posto que o delito mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delito tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Comum.

No Brasil império, a Constituição de 1824 outorgada pelo imperador Dom Pedro I, definia " o quanto antes, dotaria o nascente país de dois códigos, um criminal e outro cível". Em 1830, surge o primeiro diploma penal brasileiro, o Código Criminal do Império. Nele a imputabilidade penal passou a ser fixada aos quatorze anos de idade. Havia também a possibilidade de se aplicar a responsabilização penal á menores de 14 anos, contudo sempre em observância se ao tempo da prática delituosa o agente possuía capacidade de discernimento.

Nesse diapasão, o Código Criminal do Império dispunha que em seu artigo 10, inciso 1º o seguinte: "Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze anos. " E complementa o raciocínio em seu artigo 13, que apregoa:

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

No Brasil República, houve pequena, porém, significativa mudança no aspecto da imputabilidade penal. No Código Penal de 1890, em primeiro plano, necessário se faz mencionar que aos menores e 9 anos foi atribuída incapacidade total, e relativa aos menores de 14 e maiores de 9. Sobre isso, Janine Borges Soares ensina que:

Responsável penalmente seria o menor com idade até nove anos. Quanto ao menor de quatorze anos e maior de nove anos, era adotado ainda o critério biosicológico, fundado na idéia do "discernimento", estabelecendo-se que ele se submeteria á avaliação do magistrado (2010,s/p).

Deste ponto em diante o ordenamento jurídico pátrio caminha para a especificação do direito menorista em âmbito nacional. Em 1921 revoga-se por meio da Lei n. 4.242, de janeiro de 1921, as disposições do artigo 27 do então Código Penal são revogadas e por determinação do artigo 3º, parágrafo 20 da Lei n. 4.242 que assim a impor:

§20º. O menor indigitado autor de crime ou contraversão, que contar maior de 14 anos e menos de 18, será submetido a processo especial, tomando ao mesmo tempo, a autoridade competente, as precisas informações, a respeito do estado físico, mental e moral dele, e da situação social, moral e econômica dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda (BRASIL, 1921)

Aqui, o direito brasileiro começa a caminhar para o surgimento das primeiras políticas públicas para a reintegração de menores infratores. Passando a compreender e traçar definições quanto ao estado de risco e de abandono.

Após o vigor da Lei n. 4242, de janeiro de 1921, começou o primeiro estudo para a criação de um diploma legal voltado exclusivamente a tutela do direito da criança e adolescente no Brasil, sobretudo tutelar o direito da criança e adolescente em situação do risco.

Em 1927 entra em vigor o Código de Menores, também conhecido como Código de Mello Mattos, que entra em vigor por força do o Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, esta passa a instituir de acordo com sua ementa “leis de assistência e proteção a menores”.

4 A NORMATIZAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS IMPOSTAS AOS ADOLESCENTES INFRATORES NO BRASIL

Os direitos da criança e do adolescente não eram assegurados no Brasil Colonial, pois:

As primeiras crianças chegadas ao Brasil (mesmo antes de seu descobrimento oficial) vieram na condição de órfãs do Rei, como grumetes ou pajens, com a incumbência de casar

com os súditos da Coroa. Nas embarcações, além de “obrigadas a aceitar abusos sexuais de marujos rudes e violentos”, eram deixadas de lado em caso de naufrágio. (DAY et al apud BARROS, 2005, p. 71)

As embarcações traziam homens, mulheres e muitas crianças. As crianças em regra, eram meninos pobres que tinham em média de nove a dezesseis anos. Quando não havia crianças suficientes nesta faixa etária, eles recrutavam ainda mais novos. Estas crianças tinham a função de servir nas embarcações que vinham de Portugal para o Brasil. As crianças que viviam no campo eram preservadas por serem consideradas úteis na era agrícola. Essa escolha se dava com famílias miseráveis, que não conseguiam se manter e visualizavam no trabalho dessas crianças, uma oportunidade e perspectiva de vida melhor.

Alberton (2005) relata os absurdos e condições enfrentadas pelas crianças no interior da embarcação. Além das crianças serem abusadas sexualmente com a desculpa de que não havia mulheres a bordo, existia ainda a situação das órfãs que viajavam trancafiadas, a fim de que não fossem violentadas.

A autora supracitada relata que no início do século XVI, no ano de 1549, chegou ao Brasil, a Companhia de Jesus que era constituída por um grupo de religiosos, cuja tarefa consistia especialmente na evangelização dos habitantes da nova terra, bem como o exercício do papel de defensores da moral e dos bons costumes.

Com essa fundamentação, Day et al. (2003) dizem que os religiosos passaram a desempenhar a função de defesa dos direitos infanto juvenis, pois até o início do século XX, todo o amparo a infância brasileira, basicamente foi exercido pela Igreja Católica.

Já na Idade Contemporânea, houve um avanço na consolidação das políticas e práticas de proteção social para criança e o adolescente. Assim, tanto no Brasil como no contexto internacional, há um salto na promoção dos direitos infantojuvenis (TAVARES, 2001).

Em 1919, tem-se a manifestação acerca dos direitos da criança, em Londres, a Sociedade das Nações cria o Comitê de Proteção da Infância que faz com que os Estados não sejam os únicos soberanos em matéria dos direitos da criança.

Em 1920, tem-se a União Internacional de Auxílio à Criança na cidade de Genebra. Em 1924, a sociedade das nações adota a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, que determinava sobre a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial. Pela primeira vez, uma entidade internacional tomou posição definida ao recomendar aos Estados filiados cuidados legislativos próprios, destinados a beneficiar especialmente a população infantojuvenil. Em 1927, o IV Congresso Panamericano da criança, dez países (Argentina, Bolívia, Brasil, Cuba, Chile, Equador, Estados Unidos, Peru, Uruguai e Venezuela) subscrevem a ata de fundação do Instituto Interamericano da Criança (IIN - Instituto Interamericano Del Niño) que atualmente encontra-se vinculado à Organização dos Estados Americanos – OEA, e estendido à adolescência, cujo organismo destina-se a promoção do bem-estar da infância e da maternidade na região (BITENCOURT, 2009) (TOMAS, 2009).

Ainda na segunda metade do século XX, destacam-se novos marcos. Em 1946, é sugerido pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas a adoção da Declaração de Genebra. Após a II Guerra Mundial, a UNICEF manifesta acerca da criação do Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância - UNICEF. Em 1948, a Assembleia das Nações Unidas proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fazendo constar direitos e liberdades das crianças e adolescentes, prevendo serem a maternidade e a infância titulares de direito a cuidados e assistência especiais. Em 1959, adota-se a Declaração dos Direitos da Criança, embora que este texto não seja de cumprimento obrigatório para os estados-membros. Em 1969, tem-se a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, estabelecendo que todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, tanto por parte da sua família, como da sociedade e do Estado (TAVARES, 2001; BITENCOURT, 2009, p. 37-38; TOMÁS, 2009).

A Declaração de Genebra orientou que todas as crianças tivessem direito a proteção especial. No de 1978 passou a vigorar o Pacto de São José da Costa Rica, que só era adotado até o momento no âmbito da Organização dos Estados Americanos. A ideia era chamar a atenção do mundo para as questões relacionadas a proteção da criança. No ano de 1985, fica evidente uma maior evidência e preocupação na esfera do Direito infanto-juvenil que engatinhava e começava a se fortalecer em todo o mundo. Com estas medidas, tomadas entre

1989 e o ano de 1996, a garantia da criança e do adolescente se institucionaliza com muita força, como evidencia a percepção de Tavares (2001); Bitencourt (2009, p. 37-38); Tomás (2009):

Em 1989, a Convenção Internacional relativa aos Direitos da Criança - CDC é adotada pela Assembleia Geral da ONU, representando um marco internacional na concepção de proteção social a infância e adolescência, sendo fundamento para elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente atualmente em vigência. Em 1990, é celebrada a Cúpula Mundial de Presidentes em favor da infância, onde se aprova o Plano de Ação para o decênio 1990-2000, sendo marco de referência para os Planos Nacionais de Ação para cada Estado parte da Convenção. Em 1992, com a vigência do Decreto nº 678, tem-se por recepcionada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Já no ano de 1990, se estabeleceu através da Cúpula Mundial de Presidentes um plano de 10 anos em prol da infância. Foi nesta data que o Brasil também adotou o Estatuto da Criança e do Adolescente com a lei nº 8.069.

A estrutura protetiva atual conta com as medidas sócio educativas, tendo o intuito de trazer reflexão aos jovens infratores sobre os atos praticados, impondo condutas como a necessária participação em programas e tratamentos com a finalidade de ressocialização.

Trata-se de um rol taxativo, descritas no artigo 112 do ECA:

Art. 112 .[...]: I- advertência; II- obrigação de reparar o dano; III prestação de serviços à comunidade; IV- liberdade assistida; V- inserção em regime de semiliberdade; VI- internação em estabelecimento educacional; VII- qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. (BRASIL, 1990)

De acordo com o artigo 115 do ECA, a advertência é a primeira medida aplicável pela qual consiste em admoestação verbal, (uma conversa com o menor infrator) que é sempre escrita e assinada. Se aplica quando o adolescente não possui antecedentes infracionais e se identifica um comportamento social inadequado com menor gravidade. São exemplos: furtos e lesões leves.

Segundo o artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, existe a possibilidade do menor infrator reparar os danos patrimoniais causados a sociedade. Por isto, a medida sócio educativa prevê a obrigação de reparar o dano causado à vítima, podendo ser por meio de restituição da coisa subtraída, pelo ressarcimento ou por outra alternativa que possa compensar, tornando também possível a sua substituição por outra medida, quando se mostrar clara a possibilidade desta aplicação.

Já o artigo 117 do ECA, traz a prestação de serviço à comunidade, caracterizado por dispositivo que exige o cumprimento de atividades gratuitas e que tenham interesse da coletividade onde o menor se encontra inserido.

A liberdade assistida, prevista no artigo 118, é aplicada no intuito de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente após ser entregue aos responsáveis, ou depois de ser liberado do internato. Ele é assistido para que não cometa um novo crime. A intenção da semi-liberdade é que o menor possa se ressocializar no convívio de sua família. Ela é utilizada quando o menor já não demonstra perigo para a sociedade.

A medida de internação é a mais severa a ser imposta ao menor infrator, pois, de fato restringe o seu direito da liberdade, e por isto é aplicada aos casos mais graves e excepcionais.

5 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A TUTELA JURÍDICA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Após a Constituição Federal, o ECA é o principal marco normativo e principológico inerente às crianças e adolescentes no ordenamento jurídico pátrio.

O Estatuto está dividido em parte geral, com especificação quanto aos direitos e garantias dos menores, disposições e princípios gerais. Já a parte especial, elenca políticas de atendimento, medidas de proteção e socioeducativas, conselho tutelar, acesso jurisdicional e apuração de atos infracionais. (VIEGAS e RABELO, 2011).

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Cesar Leandro de Almeida Rabelo ensinam que:

A partir do Estatuto, crianças e adolescentes brasileiros, sem distinção de raça, cor ou classe social, passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos e deveres, considerados como pessoas em desenvolvimento a quem se deve prioridade absoluta do Estado. (2011, s/p).

Assim como era no Código de Menores, o Estatuto da Criança e adolescente tem por escopo a proteção integral do menor, mas não somente aqueles que se acharem em situação de risco. O ECA se preocupa com o menor tratando-o como sujeito de direitos, e que devem ser tutelados em todos os aspectos da sua vida, com o objetivo de assegurar o pleno desenvolvimento, e não só mais quando em estado de abandono.

Nesta esteira, Viegas e Rabelo lecionam:

O objetivo estatutário é a proteção dos menores de 18 anos, proporcionando a eles um desenvolvimento físico, mental, moral e social condizente com os princípios constitucionais da liberdade e da dignidade, preparando para a vida adulta em sociedade. (2011, n/p).

A medida de internação é a mais severa e extrema, pois ataca o direito à liberdade do menor. A medida de internação deve ser imposta sob as seguintes situações:

Art.122. A medida de internação só pode ser aplicada quando:

I – Tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II – Por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. (BRASIL, 1990)

A aplicação da medida de internação deve obedecer o princípio da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, como assevera o artigo 121 do ECA. O Ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus n 124.682, acrescenta para esse debate o seguinte:

[...] as medidas socioeducativas orientam-se, nos casos de atos infracionais cometidos pelo adolescente, no sentido de neutralizar a situação de perigo (ou de risco) em que esse mesmo adolescente se encontra, quando, por ação ou omissão, se coloque em estado de conflito com o ordenamento positivo, buscando-se, sempre não obstante o caráter excepcional daquelas medidas, a adoção de providências que, compreensão do menor inimputável, viabilizem a sua reintegração ao convívio social e, notadamente, à vida familiar.

A responsabilidade executória das medidas socioeducativas é do ente federativo estadual (Semiliberdade e Internação), e nos Municípios a prestação de serviços à Comunidade e Liberdade Assistida, através de um conjunto articulado de ações e serviços, em parceria com a família e a sociedade civil. As medidas de internação são de responsabilidade dos Centros de atendimento Socioeducativo (CASE).

O artigo 94 do códex menorista arrola em seus incisos uma série de obrigações que devem ser seguidas pelas entidades que desenvolvem programas de internação que são:

Art. 94 [...]

I – Observar os direitos e garantias de quem são titulares os adolescentes;

II- Não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;

III – Oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;

IV- Preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;

V- Diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;

VI- Comunicar periodicamente, à autoridade judiciária, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;

VII- Oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária;

IX- Oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos

X- Propiciar escolarização e profissionalização;

XI- Propiciar atividades culturais, esportivas; (BRASIL, 1990)

A fim buscado pelo ECA é assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos menores, bem como viabilizar seu processo de ressocialização, uma vez que durante o período de internação, o internado deverá conferir meio de efetivar o desenvolvimento pleno ao menor, garantindo-lhe acesso à educação profissionalizante, acesso à saúde bem como a atividades voltadas a cultura, lazer e esporte.

6 AS CONDIÇÕES DE RESSOCIALIZAÇÃO OFERECIDAS PELA UNIDADE CASE DE PALMAS DURANTE A INTERNAÇÃO

O desafio da ressocialização se depara com a dificuldade do Estado em oferecer condições adequadas que estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo o artigo 4º do ECA, a responsabilidade para implantação de políticas públicas é do governo, que deve impor meios governamentais para ajudar na recuperação social do menor, evitando reincidências delitivas.

Diversos fatores influenciam na trajetória de ressocialização do menor infrator. Neste sentido, Damico ensina que “todas as práticas educativas, esportivas,

pedagógicas que visam recuperar o jovem, são políticas de segurança pública, pois querem evitar a continuidade e reincidência do cometimento de crimes” (2011, p.140).

De acordo com dados do CNJ o Brasil, possui 320 estabelecimentos de execução de medida socioeducativa. Quanto a estrutura física dos espaços destinados a receber menores que cometeram atos infracionais constata-se que: “Parte delas não possui em sua arquitetura espaços destinados á realização de atividades consideradas obrigatórias para concretização dos direitos fundamentais assegurados pela legislação, tais como a saúde, a educação e o lazer.” (BRASIL, CNJ.2012, p.139).

Em relação aos recursos básicos, para a manutenção das garantias essenciais, dados do mesmo órgão apontam:

No aspecto relacionado a saúde, percebe-se que 32% das estruturas não possuem enfermaria a 57% não dispõem de gabinete odontológico. Além disso, 22% dos estabelecimentos não possuem refeitório, ou seja nestas unidades, os alimentos são consumidos em outros espaços sem destinação para esse fim. Quanto ao aspecto educacional, 49% das unidades não possuem biblioteca, 69% não dispõem de sala com recursos audiovisuais e 42% não possuem de informática. (BRASIL, CNJ. 2012,p.39).

Nota-se que através desse desenho traçado, há uma deficiência nos mecanismos de execução das medidas socioeducativas que impedem que o Estado plenifique seu objetivo nesta missão que é a ressocialização do adolescente infrator.

O descumprimento das obrigações impostas no artigo 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente para essas entidades viola diretamente os direitos dos adolescente ali internados, daí o cabimento de ação civil pública pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública para corrigir irregularidades das unidades de internação de adolescentes. (BRASIL, CNJ.2011, p.158)

O CASE de palmas passou por recente reforma, tendo sua estrutura remontada e readequada, em conformidade com as exigências do ECA. Segundo a Defensoria Pública do Estado do Tocantins, o Centro de Aplicação de Medidas Socioeducativas de Palmas é composto por 3 blocos de internação, refeitório, quadra poliesportiva, escola, salas para oficinas, capela, piscina, pátio para exercícios físicos, salas de administração, estacionamento e guarita, o CASE possui 33.468,45 metros quadrados e capacidade para 42 internos. (DEFESÓRIA PÚBLICA DO TOCANTINS, 2012)

Antes disso, o Case do Município foi notificado de diversas irregularidades na prestação de serviços de atendimento aos menores, como ausência de médicos ou profissionais de saúde. A unidade não possuía refeitórios, nessa unidade os reeducando tinham de se alimentar em espaços sem destinação específica para esse fim. Estas informações estão contidas no relatório realizado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura realizado em 2017.

Contudo, ressalta-se novamente, que segundo a defensoria pública do Estado do Tocantins, as situações denunciadas já foram regularizadas e hoje de acordo com as palavras da juíza da Vara da Infância, Silvana Parfieniuk: “Esta Unidade está recuperada, já em condições de ser novamente utilizada pelos adolescentes e agora, sim, podemos proporcionar a sócio educação que todo mundo espera.” E garante que: “Já existe recurso garantido para cursos profissionalizantes aos adolescentes, com oficinas de informática que já está estruturada, oficina de serigrafia, oficina de música, a Escola já está em condições de uso também.

O resultado esperado depois de cumprida a medida socioeducativa, é que o adolescente retorne à sociedade mais preparado profissionalmente e socialmente para convívio. Dessa forma, a perspectiva seria que ele esteja preparado para retomar a vida coletiva com novos conhecimentos e valores.

Ademais, insta frisar que se o estado oferta um direito, deve o estado ofertar mecanismos para efetivação deste direito, pois de nada vale um direito do qual não se pode fruir. Assim, ante o exposto, depreende-se que é inadmissível que haja deficiências pairando o sistema de aplicação de medidas socioeducativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se previne torna-se mais fácil de corrigir, de modo que a manutenção do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais deve partir das políticas assistenciais do governo, sobretudo destinadas às crianças e adolescentes.

Conforme apresentado, percebe-se que a realidade demonstra que a infância e juventude sofrem inúmeras violações aos seus direitos, sendo que a execução de políticas inadequadas, insuficientes ou mesmo inexistentes, representam uma realidade que contradiz frontalmente com a proteção normativa conferida pelo texto constitucional e pelo ECA.

A estrutura protetiva corrobora para a formação de estatísticas drásticas quando se referem à ressocialização e reincidência. A falta de estrutura familiar, a vulnerabilidade financeira, a precariedade dos serviços públicos educacionais, o abandono, os diversos tipos de abuso, entre outros, são fatos de comum percepção, e que convergem o menor para um ciclo inevitável e cruel de violência.

Percebe-se que para a possibilidade de recuperação do menor infrator é necessário acolhimento, com responsabilidade e zelo, independente do seu precedente, valorizando a possibilidade de recuperação, e não a pretensão punitiva.

Ao estado cabe o exercício do seu *munus*, exercendo e prestando efetivamente o serviço apropriado, mas fornecendo estrutura para tal desiderato. À sociedade, o acolhimento e a retomada de paradigmas familiares antes percebidos, mas que relativizados pelo individualismo e segregação inseridos no atual modelo de convivência.

Cabe ao estado inserir um modelo de projeto sócio-educativo que venha complementar e contribuir para a devida e completa regulamentação do ECA, apontando procedimentos e estabelecendo limites de responsabilidade para cada sujeito que integra esta a relação, não só ao menor infrator.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, M. S. **Violação da infância: crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam!** Porto Alegre, RS: AGE, 2005.

BARROS, N. V. **Violência intrafamiliar contra criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social.** 2005. 248f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: . Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988. Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a nº 28/2000 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a nº 6/94.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000

BITENCOURT, Luciane Potter. **Vitimização Secundária Infanto-Juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar: Por uma Política Pública de Redução de Danos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRUZ-NETO, O.; MOREIRA, M. R. Trabalho infanto-juvenil: motivações, aspectos legais e repercussão social. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 14, n. 2, 1998, p. 437-441

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/Constituiçãocompilado.htm>.

Acesso em: 04 abril.2019

DAMICO, José Geraldo Soares. **Juventudes Governadas: Dispositivos de Segurança e Participação no Guajuviras (Canoas/RS) em Grigny Centre (França),** Porto Alegre, 2011.

FACHIN, Eduardo. **Metodologia Científica e de Pesquisa.** Editora Unovar. 2 Edição. São Paulo, 2003.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática de liberdade,** p.114.

FIGUEIREDO, Adriano. **Noções de Métodos de Pesquisa.** Editora Atlas. 10 Edição. São Paulo, 2004.

Guia teórico e prático das medidas socioeducativas. ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – Brasil 2012. Disponível em <<http://www.ilanud.org.br/pdf/guia.pdf>> Acesso em: 04

abr. 2019

HAWKINS, J. D., HERRENKOHL, T. I., FARRINGTON, D. P., BREWER, D., CATALANO, R. F., HARACHI, T. W., COTHERN, L. Predictors of youth violence. **Juvenile Justice Bulletin**, 01-15. 2000. disponível em www.ojjdp.ncjrs.org/publications

Lei n 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 de abril. 2019

SILVA, A. P. S.; ROSSETTI-FERREIRA, M. C. Adolescente autor de ato infracional e medidas sócio-educativas em Ribeirão Preto (SP). **III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, Resumos**, 25-27. 1999.

STRAUS, M. B. **Violência na vida dos adolescentes.** São Paulo: Best Seller. 1994.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da Juventude.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TOMÁS, Catarina Almeida. **Dia Mundial da Criança:** um percurso difícil. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Trabalho Infantil: a negação do ser criança no Brasil. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. RABELO, Cesar Leandro de Almeida. Principais considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011.

VIEIRA, Cleverton Elias, VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na Educação:** sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do

Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

PADUA, Luiz Azevedo. **Metodologia do Trabalho Científico**. Editora Atlas. 4 Edição. Distrito Federal, 2010.

^[1] Doutor em Direito pela PUCMINAS. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela PUCGOIÁS. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Professor de Graduação e Pós-graduação da Faculdade Católica do Tocantins. E-mail: fabio.barbosa@catolica-to.edu.br

ESTATUTO DAS CIDADES: A DIMINUIÇÃO DOS VAZIOS URBANOS ESTABELECIDOS NO PLANO DIRETOR DA CIDADE DE PALMAS COM VISÃO URBANA SOCIAL

JOÃO ALVES DOS SANTOS NETO:
Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^{III}

(Orientador (a))

RESUMO: Neste trabalho, discutirá como a aplicação da Lei. 10.257/01, denominada Estatuto das Cidades, analisar se sua adoção foi utilizada como instrumento no regramento jurídico do plano diretor de Palmas, analisar quais mecanismos estão sendo utilizadas para diminuir os vazios urbanos para cumprir a função social da propriedade. A busca de instrumentos jurídicos que visa coibir os vazios urbanos é importante para proporcionar uma cidade sustentável. A metodologia de pesquisa será através de fontes bibliográficas, qual será utilizada legislações correlatas e diretrizes constitucionais. A finalidade deste artigo é verificar se houve à diminuição dos vazios urbanos com aplicação dos instrumentos da legislação e assim constituir a função social da propriedade do plano diretor de Palmas.

PALAVRA CHAVE: Estatuto das Cidades; Função Social da Propriedade; Plano Diretor de Palmas; Vazios Urbanos.

ABSTRACT: In this work, you will discuss how the law is applied. 10.257/01, called the Statute of the cities, analyze whether its adoption was used as an instrument in the legal rule of the master plan of Palmas, analyze which mechanisms are being used to decrease urban voids to fulfill the social function of property. The search for legal instruments that aims to curb urban voids is important to provide a sustainable city. The research methodology will be through bibliographical sources, which will be used related legislations and constitutional directives. The purpose of this article is to verify whether there has been A reduction in urban voids with the application of legislation and thus constitute the social function of the property of the master plan of Palmas.

KEYWORDS: Statute of cities; Social Property function; Master plan of Palmas; Urban voids

SUMÁRIO: Introdução 1. Plano diretor instrumento de política urbana social 2. Instrumentos políticos para efetivação da função social 3. Problemas na formação urbana palmas e os vazios urbanos no plano diretor 3.1 A formação urbana de Palmas 3.2 Os mecanismos para diminuir os vazios urbanos no plano diretor 4. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

O Plano diretor tem previsão constitucional (Art. 182 CF/88) e não pode tudo conter e prever e é obrigatório e imprescindível para o ordenamento urbano, tendo premissas obrigatórias elaborada pelo executivo municipal regulando as atividades que o Poder Público tende a fiscalizar.

Neste sentido a previsão tornou exigência a formação de um sistema de normas de direito urbanístico, e este deve ser composto pelas seguintes matérias: normas constitucionais referentes à política urbana; lei federal de desenvolvimento urbano; conjunto de normas sobre a política urbana estabelecidas nas Constituições dos Estados; lei estadual de política urbana e a legislação estadual urbanística; e conjunto de normas municipais referentes à política urbana estabelecidas nas Leis Orgânicas dos Municípios, no Plano Diretor e na legislação municipal urbanística.

No entanto, a competência da União limita-se a instituir normas gerais, não podendo imiscuir-se em peculiaridades de modo a violar a autonomia dos estados e municípios.

Visando regulamentar e ampliar as regras balizadoras dos artigos constitucionais citados, foi publicada a Lei. n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que se denominou: Estatuto da Cidades.

Com fito de definir melhor o entendimento, o legislador trouxe em seu art. 40 a formulação do que seria o estatuto, e assim o definiu: "o instrumento básico de política de desenvolvimento e expansão urbana".

O Estatuto da Cidade é a lei federal que tem como objetivo estabelecer diretrizes gerais da política urbana no Brasil e assuntos relacionados a esta.

Com relação ao município, a Constituição atribui a competência privativa para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e da ocupação do solo urbano, de acordo com o artigo 30, incisos I, II e VIII.

Em consonância a isto, o Poder Público Municipal tem o dever de elaborar e realizar medidas para o controle das transformações urbanísticas em seu plano diretor.

A Lei nº 10.257/01, traz no art. 42, a base mínima do que deverá conter no plano diretor, senão vejamos: I - a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerada a existência de infraestrutura e de demanda para a utilização; II - disposições requeridas pelos artigos 25, 28, 29, 32 e 35 da referida lei; III - e sistema de acompanhamento e controle.

Um dos pontos importantes do estatuto da cidade é estabelecer as diretrizes para a elaboração do plano diretor, bem como determinar quais cidades são obrigatórias a ter o plano diretor, que neste caso, entre outros critérios está a obrigatoriedade para cidades com população acima de 20.000 habitantes.

Como forma de um controle urbanístico e acompanhamento, exemplificamos os vazios urbanos que ocasiona na cidade de Palmas, fator esse que afeta o desenvolvimento e preenchimento urbanístico do plano diretor central.

A cidade de Palmas possui uma arquitetura arrojada, com avenidas largas, dotadas de paisagismo em algumas áreas centrais, e divisão urbanística caracterizada por grandes quadras comerciais e residenciais, sendo que suas ruas não têm nomenclaturas e sim abreviatura dos pontos cardeais: NS, LO, sendo que o marco para divisão entre norte e o sul da cidade é a Av. Juscelino Kubitschek e para as quadras NE e SE, é a Teotônio Segurado, que translada a cidade de norte a Sul

Uma grande dificuldade de uma capital planejada é conseguir contemplar as diversas áreas vazias da cidade com um crescimento de expansão que seja adequado, visando um plano diretor sustentável e que consiga a dinâmica com um equilíbrio favorável a quem reside.

O cumprimento das normas deste estatuto visa promover a ordem pública, interesse social, bem-estar dos cidadãos e normas gerais para a política de desenvolvimento urbano equilibrado.

Esse instrumento jurídico hábil, como forma de compelir os vazios urbanos que são prejudiciais a função social do projeto urbanístico do plano diretor da cidade de Palmas.

A busca do equilíbrio do planejamento urbano, com afincos de eliminar as distâncias urbanas das populações mais afastada dos centros urbanos, essa é a premissa da aplicação do Estatuto das Cidades na elaboração das revisões do plano diretor municipais e precisamente para uma cidade que busca uma visão urbana social.

Assim, o artigo tem como proposta uma análise do impacto significativo que a aplicação do estatuto das cidades com a utilização dos mecanismos ali propostos pelo legislador possa concretizar na diminuição dos vazios urbanos na cidade de Palmas, primando pelo princípio da ordem econômica, e implementações de políticas de planejamento urbanos sustentável e sua efetividade na função social.

1. PLANO DIRETOR INSTRUMENTO DE POLÍTICA URBANA SOCIAL

Plano Diretor acaba sendo assimilado como uma garantia constitucional, reconhecendo o poder-dever do Município em planejar e intervir em seu espaço urbano de modo a cadenciar e disciplinar as relações ali travadas.

A Constituição como fonte jurídica de direcionamento, reconhece a política urbana como competência do poder público municipal, para assim implementar a política de desenvolvimento urbano com o escopo de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade.

O texto constitucional constitui como forma de cumprimento da função social da sociedade o atendimento às exigências fundamentais para a organização

da cidade, de acordo com as regras previstas no plano diretor (art. 182, §2º, CRFB/88), instituindo a obrigatoriedade da elaboração desse instrumento pelo poder legislativo dos municípios cuja população ultrapasse 20 mil habitantes, definido como instrumento fundamental da política desenvolvimentista e expansionista urbana (art. 182, §1º, CRFB/88).

Na lei 10.257/01, vem mostrar o Plano Diretor nos arts. 39 a 42 e o art. 39 repete o parágrafo 2º do art. 182 da Constituição Federal ao mencionar que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no Plano Diretor, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”.

A participação da sociedade, e de instituições representativas na sua elaboração, daí o termo participativo, tendo previsão legal quanto a esta exigência no Art. 40, § 4º do Estatuto das Cidades, in verbis:

Art. 40 O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana [...].

§4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os poderes legislativos e executivos municipais garantirão:

I – A promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade

Assim, a gestão da cidade deve promover na formação do plano diretor ou revisão do mesmo a participação da população, aplicando a norma da lei em concreto. E notório saber que o poder popular visa colaborar na manifestação do que vai está contido no plano diretor, o cidadão tem seu papel fundamental pois pode trazer a realidade in loco do que realmente a cidade precisa para constituir uma visão mais urbanística e social.

É de suma importância que os agentes públicos vejam essa participação como uma forma de poder aplicar os recursos públicos onde realmente a população sentira-se impactada, pois a construção de uma cidade sustentável e com sua função social para aproximar a população dos serviços públicos são os instrumentos que devem ser norteadores para um bom Plano Diretor.

A definição de Plano Diretor na doutrina de Jacinto Arruda Câmara, é definida assim:

[...] é o mais importante instrumento de planificação urbana previsto no Direito Brasileiro, sendo obrigatório para alguns municípios e facultativos para outros; deve ser aprovado por lei e tem, entre outras prerrogativas, a condição de definir qual a função social a ser atingida pela propriedade urbana e de viabilizar a adoção dos demais instrumentos de viabilização das políticas urbanas (CÂMARA, 2002, p. 324).

Nesse contexto pode-se entender política urbana como um conjunto de ações que devem ser promovidas pelo Poder Público, no sentido de garantir que todos os cidadãos tenham acesso à moradia dentro do plano adequado, ao saneamento básico, à infraestrutura urbana, visando possibilitar acesso a transporte, serviços públicos, trabalho e ao lazer.

A forma precípua do estatuto das cidades é garantir que a propriedade urbana seja utilizada de acordo com os interesses coletivos para uma cidade mais conectada, especialmente aqueles ligados às questões ambientais e sustentáveis propiciando o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade.

Esta é à ideia de que o plano diretor deve atuar como instrumento de intervenção social na população que vai impactar, reconhecendo a cidade como espaço de realizações da sociedade e prescrevendo caminhos para o seu desenvolvimento com justiça social e sustentável, buscando através do planejamento adequado, impede-se que a propriedade e os outros elementos urbanos sejam tratados, única e exclusivamente, como um ativo corrente controlado pelo mercado, sem se levar em consideração os aspectos sociais.

O Plano Diretor deve estabelecer imperativamente as ações e diretrizes para a aplicação das políticas públicas de desenvolvimento urbano, as quais devem estar

em consonância com os princípios constitucionais e com as diretrizes do Estatuto da Cidade, o que atesta que “a função social da propriedade urbana, juntamente com a função social da cidade caracteriza-se como princípio norteador do Plano Diretor quando de sua aplicação” (PAGANI, 2009, p. 66-67).

Somente com uma fórmula integradora e participativa de implementação do Plano Diretor é que os respectivos instrumentos urbanísticos. Nesse sentido, é fundamental que o Plano Diretor atenda a todas as necessidades da cidade, harmonizando a convivência dos seres humanos e o meio ambiente.

Em relação aos instrumentos urbanos, José Afonso da Silva, é assertivo que:

Os planos urbanísticos são aprovados por lei. É uma exigência do princípio da legalidade no sistema jurídico brasileiro, que não admite que se crie obrigação e se imponha constrangimento senão em virtude de lei [...]. Assim, os elementos do plano ficam fazendo parte integrante dessa lei, transformando-se, pois, em normas jurídicas (SILVA, 2010, p. 143).

Ao afirmar sobre o que é um plano, Paulo Affonso Leme Machado, também mostra a dimensão jurídica considerável, “pois é um plano criado pela lei para dirigir e para fazer com que as outras leis municipais decretos e portarias anteriores e posteriores tenham que se ajustar ao plano diretor [...]” (MACHADO, 2013, p. 447)

Necessário que o plano diretor seja utilizado como meio agregador, de tal forma, que os espaços urbanos consigam promover a inclusão da cidade num conjunto total, buscando assim o equilíbrio das políticas urbanas a serem aplicadas pelos entes municipais na concretização dos instrumentos que se tornam basilares na diminuição dos vazios urbanos.

Assim, o Plano Diretor é visto como principal base legal urbanística nos municípios que tenha mais de 20 mil habitantes, fazendo com que esta municipalidade, busque os mecanismos para empregar uma política urbana mais sustentável e justa, servindo como regulador de outras normas que serão utilizadas para a busca de uma cidade com serviços públicos mais eficientes na sua aplicação.

2. INSTRUMENTOS POLITICOS PARA EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL

A função social da propriedade urbana, norma de direito fundamental, é uma forma para atingir a todas as propriedades imóveis urbanos. Está preconizado na Constituição nos arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, §§ 2º e 4º, senão vejamos:

Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

[...]

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

É cristalino como princípio, pois não é mero exercício de faculdade, norma impositiva ou proibitiva. E sim é um elemento garantia constitucional do próprio direito de propriedade.

Sua demonstração ficar por meio de Plano Diretor municipal com fulcro na forma da lei e torna-se efetivo nas jurídicas que recaem sobre a propriedade imóvel urbana, conforme disposto no art. 182, § 2º da Constituição Federal.

Com relação a função social da propriedade imóvel privada urbana toda a positivação da função social da propriedade urbana na Constituição Federal refere-se à propriedade imóvel privada urbana.

Para a gestão democrática da cidade deverão ser utilizados órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Urbanizar e requalificar áreas com vocação para receber densidades populacionais mais elevadas, preservar e recuperar áreas de interesse ambiental, equalizar a oferta de infraestrutura e serviços urbanos reduzindo as desigualdades territoriais, promovendo o desenvolvimento econômico e a integração urbana dos assentamentos informais.

Visando as bases norteadoras do plano, para Victor Carvalho Pinto salienta ainda que “os aspectos sociais e econômicos deverão ser levados em consideração durante o processo de elaboração do plano diretor, como componentes de seu diagnóstico” (PINTO, 2010, p. 118)

Em sua doutrina Nelson Saule Junior traz o seguinte ensinamento:

A cidade atende sua função social quando suas atividades e funções geram como resultado a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza, a promoção da justiça social e a melhoria da qualidade de vida urbana, de modo que todos tenham condições e oportunidades de acesso à moradia, aos equipamentos e serviços urbanos, ao transporte público, ao saneamento ambiental, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, que são os componentes inerentes ao direito a cidades sustentáveis. (SAULE Jr, 2004, p. 246)

[A1] [ACLG2] Esta sua vertente política corresponde à idéia de que o Plano Diretor deve atuar como instrumento de intervenção social, reconhecendo a cidade como espaço de realizações da sociedade e prescrevendo caminhos para o seu desenvolvimento justo e sustentável.

A municipalidade passa a ser a principal responsável em atribuir adequado aproveitamento da propriedade imóvel urbana, e para isso dispõe de vários instrumentos, destacando-se: a desapropriação, o parcelamento ou edificação compulsórios e o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, permitindo, assim, a definição do conteúdo do princípio da função social da propriedade a partir do espaço de cada cidade, ou seja, no contexto social em que ocorrem os conflitos sociais a serem solucionados (SOARES e FERES, 2008, p.3386).

O poder público municipal com a devida legislação específica poderá fazer a aplicação majorada progressivamente, ano a ano, até o limite de 05 (cinco) anos, os espaços cujo àqueles estejam subutilizado ou puramente não utilizado.

Esses instrumentos têm grande significado para a política urbana municipal, atribuindo ao ente público poder de intervenção territorial urbana e sobre o mercado imobiliário das cidades, refletindo, assim, limites jurídicos ao poder econômico.

O Estatuto das Cidades prevê expressamente a possibilidade do município, por meio de legislação específica, adotar esse instrumento:

Art.5º - Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação;

Art. 7º - Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU)

progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos

Destaca-se que tais instrumentos requerem, para sua aplicação, a edição lei municipal específica, traçando regras e fixando prazos para cumprimento das obrigações que venham a ser impostas, em atendimento à função social da propriedade urbana e função social da cidade.

O IPTU progressivo no tempo trata-se de instrumento de ordem tributário financeira, cuja tributação apresenta função extrafiscal, destinada a efetivar a função social da propriedade urbana, ou seja, a finalidade não é de arrecadação de receitas para o município, mas sim em concretizar a política urbana, por meio da intervenção estatal.

Os anseios de todas as camadas e regiões sejam satisfeitos e respeitados, traçando metas e diretrizes que norteiam o progresso da cidade, tendendo programar uma política urbana de longo prazo que garante a qualidade de vida e estabelece a igualdade de oportunidades no ambiente urbano para seus habitantes.

O planejamento pode ser definido como o processo de escolher um conjunto de ações considerado as mais adequadas para conduzir atual situação no pleno desenvolvimento.

Em sua entrevista à revista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Maricato, uma urbanista brasileira com grande relevância nacional, afirma que:

[...]A localização desse pedaço de cidade é fundamental para qualificá-lo e fixar seu preço em comparação com os demais. A condição jurídica de ser propriedade privada permite ao seu possuidor captar a valorização decorrente, principalmente das vantagens de localização. A cidade é um ativo disputado por todos, mas que beneficia poucos. O patrimônio já construído foi bancado por toda a coletividade especialmente por meio de investimentos públicos e o direito à cidade, melhor dizendo, a justiça social e territorial exige a distribuição desse ativo, mas ele é dominado pelo mercado imobiliário [...]. Não basta distribuir renda para assegurar a justiça urbana. É preciso distribuir melhor a cidade ou o ambiente construído. Sem uma política fundiária e

imobiliária que ajude a incluir as classes deprimidas e implementar a função social da propriedade prevista no Estatuto da Cidade não haverá justiça urbana. (IPEA, 2011)

Desse modo, a função do plano diretor sustentável é baseada nos preceitos da função social, e conforme esta entabulada nos ditames do Estatuto das Cidades, fazendo assim uma cidade mais urbana e com característica mais próxima a uma sustentabilidade de modo que os cidadãos se sintam agregado ao meio ambiente equilibrado.

Na ótica de Paulo Affonso Lemes Machado a elaboração do plano diretor devem ser estabelecidas algumas políticas urbanas com respeito ao meio ambiente para preservar assim o que preconiza sobre meio ambiente equilibrado, e que deverão seguir os seguintes passos: 1) garantir o direito ao saneamento ambiental; 2) realizar o planejamento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos sobre o meio ambiente; 3) ordenar e controlar o uso do solo, de forma a evitar a poluição e a degradação ambiental; 4) adotar padrões de produção e consumo de bens e serviços com os limites da sustentabilidade ambiental do Município; 5) proteger, preservar e recuperar o ambiente natural e construído e o patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (art. 2, I, IV, VI, VIII e XII da Lei 10257/2001) (MACHADO, 2013, p. 449).

Neste sentido também, para um plano capaz de garantir resultados satisfatórios, na doutrina de José Afonso da Silva, elenca ritos necessários para sua elaboração, vejamos: I - Estudos Preliminares: avaliam a situação sumária e os problemas de desenvolvimento do município; II- Diagnósticos: pesquisa e analisa em profundidade os problemas de desenvolvimento do município da etapa anterior; III - Plano de Diretrizes: estabelece uma política para a solução dos problemas e fixa objetivos; e IV- Instrumentação do Plano: compreende a elaboração dos instrumentos de atuação de acordo com as diretrizes escolhidas e capazes de atingir os objetivos escolhidos. (SILVA, 2010, p. 142).

Assim utiliza-se um instrumento previsto pelo Estatuto das Cidades, sendo que sua implantação foi proposta durante a elaboração do Plano Diretor

Participativo de Palmas, visa combater a especulação imobiliária e fazer cumprir a função social.

Neste sentido, para o nascer com perspectiva de boa elaboração urbana é necessário pelo menos implantar algumas ferramentas e instrumentos de gestão urbana, como: I - densidades qualificadas; II - IPTU progressivo em toda a extensão do território; III - Operações Urbanas; Intervenções Urbanas; IV - Zonas de Interesse Social; V - Instituição de uma infraestrutura verde conectora, entre outros.

Em sua doutrina Padilha (2010, p. 419):

O principal objetivo destes três instrumentos, de aplicação sucessiva, é o combate à retenção de terrenos ociosos, ou seja, à especulação imobiliária, principalmente em setores da cidade onde os terrenos são valorizados, dotados pelo Poder Público municipal de infraestrutura e serviços urbanos. O custo social de ação do Poder Público municipal de urbanizar a cidade, feita com o objetivo de privilegiar o interesse privado de alguns, é incompatível com a supremacia do interesse público, princípio da administração pública. É a busca da implementação da função social da propriedade urbana.

Através do planejamento, impede-se que a propriedade e os outros elementos urbanos sejam tratados, única e exclusivamente, como um ativo corrente controlado pelo mercado, sem se levar em consideração os aspectos sociais.

O direito urbanístico através do Estatuto das cidades, busca alterar a realidade das cidades brasileiras, para que se fortaleçam as boas práticas sustentáveis, fazendo com que promovam o desenvolvimento de seu espaço eliminando as grandes distancias urbanas e buscando assim uma inclusão social mais abrangente com os serviços públicos ofertados como direito à moradia, saneamento, infraestrutura e transporte.

3. PROBLEMAS NA FORMAÇÃO URBANA PALMAS E OS VAZIOS URBANOS NO PLANO DIRETOR

Palmas foi inaugurada em 20 de maio de 1989 e instalada em 1º de janeiro de 1990, com a promessa de ser uma cidade planejada e com visão de futuro, está cravada na exuberante paisagem do Cerrado, no coração do Brasil, com área: 2.219 Km², e população: 291.855 (Estimativa IBGE para 2018).

O território de Palmas na formação foi ocupado de maneira desigual, no momento da construção da cidade não respeitando o que já estava preconizado para o plano diretor urbanístico, pois os cidadãos que aqui chegavam queriam se instalar na área que ele tivesse como sua. Assim mesmo com o planejamento que já existia os gestores não tiveram a preocupação em seguir o que estava já planejando para a distribuição territorial e futura expansão da cidade.

Para que o plano diretor se torne essencial na constituição da cidade, é necessário que seja implementado na sua totalidade, seguindo os ditames legais, e o que se preconizou na sua formalidade, aplicando regras claras e impositivas para que o cidadão constitua a função social da propriedade, sendo que os problemas urbanos com o passar dos anos serão minimizados, e o impacto na vida social da população será sentido de forma mais visível.

3.1 A FORMAÇÃO URBANA DE PALMAS

O município de Palmas conta com mais de 35% de sua área territorial urbanizada com baixa consolidação e outros 9% com consolidação média. A densidade líquida de ocupação urbana é extremamente baixa, sendo apurado em 2010, 36,72hab/ha. Apresentando predominantemente baixas densidades, exceto em pequenas porções situadas nas regiões Nordeste, Noroeste e Sudeste.

O espraiamento da mancha foi predominante no processo de ocupação de Palmas, deixando muitos terrenos vazios no interior da área urbanizada, com ocupação de baixa densidade demográfica observada em toda cidade.

De acordo com o plano diretor original de Palmas a ocupação da cidade deveria ser em fases, e se esta diretriz tivesse sido respeitada, atualmente a cidade ocuparia apenas as áreas destinadas a duas fases de implementação da cidade. Entretanto, a ocupação não seguiu esta premissa e se configurou por uma ocupação espraiada gerando vazios urbanos dentro da cidade construída.

As expansões da mancha urbana em tão baixas densidades dificultam a gestão municipal e a instalação e manutenção adequada de infraestruturas urbanas. Isto encarece os serviços e gera ineficiências.

Ambas as áreas contam também com vazios urbanos: lotes à espera da valorização do mercado e que acabam produzindo áreas ociosas em locais com infraestrutura instalada e próxima a áreas de interesse (empregos e serviços urbanos).

Assim sendo, o principal problema da área é a presença de grandes extensões de vazios urbanos e áreas de baixa consolidação de ocupação territorial dentro do plano diretor. A forma de ocupação do território de Palmas ao longo dos anos fez com que o espraiamento da mancha urbana seja bastante acentuado, principalmente em se tratando de uma cidade planejada e ainda não totalmente ocupada.

Além disso, ao comparar as taxas de crescimento da mancha urbana construída da última década, a população total de 2010 e a previsão feita pelo projeto inicial da cidade, toda a população atual poderia estar contida nas Fases iniciais do plano diretor.

Levando em conta a demanda por novos solos urbanos e as novas dinâmicas urbanas a serem estabelecidas pela chegada de novos edifícios institucionais para tal área. Deste modo, a ocupação começaria do norte ao sul, em quatro fases. Porém, não foi isso que ocorreu, e o que foi visto ao longo dos anos foi uma cidade com grandes vazios urbanos no meio do plano diretor e uma cidade larga, com sua população morando a distância de mais de 30 km do centro político.

Assim, a formação inicial de Palmas não seguiu o seu planejamento formal, o que acarretou a sua grande mancha de vazios urbanos, mas com as propostas elencadas na Lei 10.257/01 e edição da lei complementar 195/09 do município de Palmas, foi visto que poderiam corrigir e aplicar mecanismos que possam fazer com que os grandes espaços territoriais sejam ocupados de forma mais justa e social com finalidade de diminuir os vazios urbanos.

3.2 OS MECANISMOS PARA DIMINUIR OS VAZIOS URBANOS NO PLANO DIRETOR

Os vazios urbanos na formação da cidade, fazem com que o plano diretor fique com lacunas territoriais, e para combater este problema, a implantação das medidas do Estatuto da cidade, vem de encontro com que a Constituição Federal preconiza, que é o a utilização da propriedade, leia-se lotes vazios, para que seja constituída em suma a função ao qual ele está intrinsecamente ligado, resumindo que um lote vazio, causa mais problema do que se ele estiver ocupado.

Buscando a implementação da diminuição dos vazios urbanos, foi que a prefeitura de Palmas, começou em 2015, a realizar audiências públicas como preconiza o art. Art. 40. I, da lei nº 10.257/01, e com essas audiências começou a revisar seu plano diretor, como também publicações de legislações municipais para fazer o que chamamos de IPTU Progressivo.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

[...]

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Assim, a população na audiência pública realizada no decorrer da revisão do plano diretor se conscientizaria e ajudaria a municipalidade a expandir a ideia da aplicação do IPTU Progressivo como forma de compelir que os especuladores de lotes vazios permanecessem com eles sem uso.

Seguindo estes ditames, o município de Palmas, através de lei complementar nº 195, de 22 de dezembro de 2009, criou regras para que os lotes vazios fossem atingidos com implemento de alíquota diferenciada para aumento do valor do IPTU – Imposto Territorial Urbano, até que o proprietário faça a edificação do lote vazio, neste sentido vejamos o que o legislador elencou nos seus art. 4º da lei complementar 195/09 municipal, em consonância com o art. 7º da lei 10.257/01:

Art. 4o Em caso de descumprimento das condições, das etapas e dos prazos previstos para parcelamento, edificação e utilização compulsórios, a Prefeitura aplicará, nos imóveis

notificados, o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU progressivo no tempo, com a alíquota, em cada ano, correspondente ao dobro da alíquota do ano anterior. (NR)

Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

Esta lei complementar está sem aplicabilidade real, pois muitos proprietários de lotes não tinha sequer majoração do IPTU de seu lote, mas com a revisão do plano diretor e a realização de audiências públicas, foram mostrando a população que a edição da lei, busca imposição para que o proprietário faça a devida utilização da sua propriedade, ou seja, ocupa-la, para assim promover a diminuição da faixa não ocupada dentro do plano diretor, o que por si só encarece os serviços públicos pois a cidade se torna extensa e com grandes vazios no centro

A proposta de ordenado da ocupação vem ao encontro da aplicação do IPTU Progressivo (instrumento urbanístico previsto no Estatuto das Cidades). Isto porque, a área de intervenção é muito extensa e busca evitar-se o que já ocorreu historicamente em Palmas: uma ocupação pulverizada e dispersa por toda a área, sem seguir regras e fases de ocupação.

Sabendo das dificuldades enfrentadas nas propostas de fases previstas no plano diretor original esta nova tentativa é respaldada pela aplicação do IPTU progressivo como ferramenta reguladora do território. Este instrumento dificulta a manutenção de áreas vazias à mercê da especulação imobiliária, fazendo com que o solo urbano ocioso receba novos usos. Usar de modo equilibrado significa interromper o processo de espraiamento da ocupação urbana verificada até o momento ocupando áreas com acesso à infraestrutura urbana que estão ociosas e subutilizadas.

Outro mecanismo que também está elencado juntamente com o IPTU progressivo é a desapropriação para fins de reforma urbana, no qual está contido no Art. 182, § 4º, da Constituição Federal de 1988,

art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Em sua legislação municipal específica, o município de Palmas trouxe no art. 5º da Lei complementar 195/09, o instituto da desapropriação pela falta de utilização da função social. Sua aplicação está vinculada à incidência prévia da notificação para parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e do IPTU progressivo no tempo por, no mínimo, 5 anos. E esta lei traz em seu rol as formalidades do procedimento da desapropriação.

Art. 5º Decorridos 5 (cinco) anos da cobrança do IPTU Progressivo no tempo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar compulsoriamente, a Prefeitura poderá proceder à

desapropriação do imóvel, com pagamentos em Títulos da Dívida Pública.

§ 1º Os procedimentos de desapropriação com pagamento em Título da Dívida Pública obedecerão aos critérios dispostos no art. 8º do Estatuto das Cidades;

§ 2º O valor real da indenização será calculado observado as seguintes condições:

I - refletir o valor de mercado do imóvel, observando as disposições do § 2º do art. 8º desta Lei, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Município após a notificação de que trata o art. 5º desta Lei;

Na desapropriação para fins de reforma urbana, não se está ante hipóteses de desapropriação por utilidade ou necessidade públicas ou por interesse social. O que se busca, é fazer com que o proprietário, por tal motivo este instrumento é conhecido como desapropriação-sanção. Por isso, as garantias previstas no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição justa e prévia indenização em dinheiro –, não se aplicam ao caso.

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

[...]

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

O mecanismo da desapropriação é a forma mais gravosa que o ente público busca do proprietário de lotes vazios a sacção legal, pois é neste mecanismo que o poder dever do estado se materializa de fato, já que deu todos as formas com que

o proprietário pudesse utilizar-se do seu bem imóvel para fazer a função social não foram feitas por ele em tempo hábil.

Portanto, todos os mecanismos analisados tanto na Lei 10.257/01 quanto na Lei complementar 195/09, buscam precisamente que o proprietário de lote vazio, seja compelido a fazer a destinação da função social da propriedade, pois um lote vazio no centro urbano sem destinação final encarece muito os serviços públicos, e são esses serviços que a população precisa, mas muitas vezes está dispersa ou longe do centro urbano, já que a cidade se tornou esparsa demais e com recursos finitos. Assim, com aplicação destes mecanismos o município de Palmas tem em sua meta ser uma capital mais urbana e sustentável com projeção equilibrada de recursos dentro de um desenvolvimento do plano diretor urbano social.

4. CONSIDERAÇÃO FINAIS

Essa pesquisa discutiu os principais problemas encontrados na cidade de Palmas e, mais especificamente, na área de intervenção e interesse da função social da propriedade em perímetro urbanizável de acordo com o Plano Diretor vigente, mais ainda sem ocupação efetiva.

Neste sentido, para que a cidade vá de encontro a um desenvolvimento urbano sustentável deverá buscar ainda mais os mecanismos balizadores da lei. nº 10.257/01 (estatuto das cidades), com fito de fazer com que os proprietários de lotes vazios dentro do plano diretor, façam a devida ocupação.

Neste sentido, é necessário a diminuição dos vazios urbanos, para promover a manutenção adequada de infraestrutura urbana mais agregadora, pois os serviços públicos estarão mais próximos da população que precisa. Assim, o território ocupado de forma mais equilibrada visa promover transformações no ordenamento do território de Palmas.

As ferramentas dos instrumentos de política urbana que se busca em Palmas são colocadas em prática com o planejamento do diagnóstico Plano de Ação Palmas Sustentável, pois é a visão de que o município está buscando todas as ferramentas de leis e de planejamentos urbanos que estão disponíveis, com essa certeza estabelecer metas na diminuição dos grandes vazios urbanos, e projetará uma cidade urbanística sustentável que poderá se tornar uma das melhores capitais do Brasil.

Portanto, o plano diretor vigente ainda sofrerá bastantes alterações, para que o poder público municipal possa utilizar os instrumentos de política urbana, com fito de organizar melhor a distribuição territorial de Palmas, aplicando as normas da legislação da lei 10.257/01, tendo assim uma cidade mais equilibrada do ponto de vista econômico e sustentável para a população e para o poder público municipal.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em: 26 de mai. de 2019.

_____. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. >. Último acesso em: 26 de mai. de 2019.

_____. **Lei Complementar nº 195, de 22 de dezembro de 2009**. Disponível em: <https://legislativo.palmas.to.gov.br/media/leis/lei-complementar-195-2009-12-22-6-12-2017-14-50-58.pdf> > Último acesso em 26 mai. de 2019.

Documentos Plano Diretor de Palmas. Disponível em <http://planodiretor.palmas.to.gov.br/>. Acesso em: 26 de mai. de 2019.

Estatuto da Cidade. – 3. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

Plano de Ação Palmas Sustentável – 2015. Disponível em: http://www.palmas.to.gov.br/media/doc/16_10_2017_15_13_22.pdf >. Acesso em: 26 mai. de 2019.

População Estimada: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estimativas da população residente com data de referência 1º de julho de 2018. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/to/palmas/panorama> >. Acesso em: 21 mai. de 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. ver., atual. Empl.- São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. Revista e atualizada. – São Paulo: Malheiros, 2010.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. in: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade. 3. ed. – São Paulo. Malheiros, 2002.

SAULE Jr., Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

SOARES, L.L.; FERES, A.L.A. **A concretização do princípio da função social da propriedade urbana pelos atores municipais: possibilidade de efetivação do direito pela construção de normas adequadas à realidade**. In: Anais do XVI Congresso 16 Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. único.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **Nossas cidades estão ficando inviáveis. Desafios do Desenvolvimento**. IPEA, ano 8, nº 66, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2508:catid=28&Itemid=23> Acesso 21 mai. de 2019.

[1]Orientador (a). Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Professora e Orientadora de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogada. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br.

COTA ELEITORAL DE GÊNERO: A EFETIVIDADE DA SUA APLICAÇÃO ANÁLISE DA LEI FEDERAL Nº 9.504/97

DEBORAH CRISTINA PEREIRA:
Acadêmica do 10º Período de Direito da
Faculdade Serra do Carmo.

JOSÉ EUSTÁQUIO DE MELO JÚNIOR [1]

RESUMO: O presente estudo pretende abordar e discutir a efetividade da aplicação da lei nº9504/97, discorrendo, inicialmente sobre a trajetória histórica da mulher na política, trazendo seus aspectos e objetivos, ponderando, acerca da ausência de previsão legal de penalidades para o descumprimento do artigo 10º, parágrafo 3º da lei de cota eleitoral de gênero 1997, e, por fim, analisando a efetividade de sua aplicação na realidade do município de Palmas – TO. Para alcançar o objetivo proposto a pesquisa fará uma abordagem bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e doutrinas para melhor compreensão do tema.

Palavras-chave: Cotas; Representação feminina; Câmara de Vereadores; sistema eleitoral; Palmas – TO.

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - A trajetória histórica da mulher na política; 3 - Cota Eleitoral de Gênero - Análise da efetividade e aplicação da lei federal nº 9504/97; 4 - Eleições de 2016 - A representatividade feminina na câmara municipal de Palmas – Tocantins; 5 - Conclusão; 6 - Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diversos movimentos feministas marcaram a luta das mulheres por igualdade de gênero, uma das mais importantes conquistas foi o direito ao voto, no Brasil a evolução dos direitos políticos das mulheres ocorreu de forma lenta e gradativa, e o direito ao voto se deu apenas no Código Eleitoral de 1932, o direito ao voto das mulheres brasileiras foi assegurado pelo Decreto nº 21.076/1932 e, sendo incorporado nas Constituições futuras.

Todavia, as distinções históricas entre os gêneros continuam a refletir na participação feminina na política brasileira que se apresenta extremamente

desproporcional em relação as candidaturas masculinas. Hoje em meados do século XXI a luta da mulher em busca de seus direitos ainda é constante, dessa vez na participação do pleito, onde não temos uma representatividade eficaz e satisfatória.

Reconhecendo o acesso aos cargos de representação política, como decisivo para a participação, negociação e tomada de decisões nas democracias contemporâneas, foi idealizada a política de cotas de gênero, com finalidade de incorporar as mulheres, que antes eram grupo marginalizado (PHILIPS, 1998), com essa percepção a Lei 9.504/1997 estabeleceu, então, em seu §3º do artigo 10, a reserva de 30% das candidaturas para as mulheres.

No entanto, apesar do grande avanço que é a previsão de cota de gênero a existência da lacuna acerca de penalidades aplicável aos Partidos Políticos que não cumprem a determinação legal, bem como não incentivam a participação efetiva das mulheres na condição de candidata, prejudica a efetividade da disposição legal, impossibilitando a mulher de assumir uma posição relevante frente a política brasileira e não atuar somente como eleitora.

Assim, a luta feminina se estabelece na busca de estratégias e medidas governamentais voltadas para a concretização da igualdade (MORAES, 2000, p. 61), a proposta deste artigo visa analisar a incansável luta das mulheres por direitos iguais, especialmente no âmbito político, discorrendo sobre a atual legislação eleitoral e sua eficácia quanto ao real acesso das mulheres à vida política.

A problemática do presente estudo se consubstancia na ausência de previsão legal de penalidades para o descumprimento do artigo 10º, parágrafo 3º da Lei nº 9.504/97, uma vez que somente a estipulação de um número mínimo de candidatos por gênero não se mostrou suficiente para estabelecer um padrão de igualdade na política brasileira e elevação do direito fundamental da igualdade, exigindo medidas eficazes e ações afirmativas para real aplicação da lei.

O objetivo geral é aprofundar os estudos sobre a importância do cumprimento do artigo 10º, parágrafo 3º da Lei 9504/97, que estabelece o preenchimento da cota de gênero a efetividade da sua aplicação nas eleições.

Especificamente o presente artigo propõe-se a analisar a representatividade da mulher na política brasileira, com enfoque especial artigo 10º, parágrafo 3º na Lei 9504/97, referente a previsão de cotas de gêneros, sua

eficácia e aplicação, bem como a ausência de penalidades ante o seu descumprimento.

O presente estudo se justifica no entendimento de que a participação efetiva das mulheres na política é condição necessária a democracia plena, não sendo suficiente somente o direito ao voto, mas sim o acesso aos processos decisórios, inclusive de forma igualitária com homens.

Atualmente o índice de mulher ocupando os cargos na política é baixíssimo mesmo após a instituição da Lei nº 9.504/97, o que se atribui grande parte ao fato da ausência de previsão legal de penalidades aos Partidos Políticos que não cumprem a determinação, além da total ausência de fiscalização. O ingresso das mulheres as esferas políticas é um tema de grande relevância, principalmente no momento histórico de “empoderamento feminino” que vivemos atualmente.

A presente pesquisa tem se por finalidade levantar uma discussão sobre a participação feminina na política Brasileira, onde serão empregados ampla pesquisa bibliográfica, artigos e legislação inerente ao tema.

A metodologia a ser utilizada será a análise de dados quantitativa amparada em uma perspectiva interpretativa dos dados obtidos pelo IBGE (<http://www.ibge.gov.br>), site do TSE (<http://www.tse.jus.br>) e site do TRE Tocantins (www.tre-to.jus.br), e será realizada uma análise de gênero dos resultados obtidos nas eleições, bem como a verificação se os percentuais de 30% das vagas destinadas a candidaturas femininas estão sendo preenchidas.

No que tange à delimitação da pesquisa, as análises terão como marco temporal e centrar-se-ão nas eleições de 2012 e 2016, e em razão da disponibilidade dos dados ofertados, o foco do presente trabalho será as candidaturas somente ao cargo de vereadores para a Câmara Municipal de Palmas – Tocantins, não contemplando os demais cargos eletivos.

2. A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA MULHER NA POLÍTICA

A desigualdade entre os gêneros perdura por toda a história mundial, a submissão e inferioridade da mulher perante o homem foi pregada por século e

infelizmente até hoje é disseminada. Nesse sentido dispõe a autora Zuleika Alambert, vejamos:

Foi assim que desde a antiguidade até nossos dias, os primeiros elaboravam teorias, defendiam ideias e opiniões que muito influenciaram na formação de uma imagem de mulher para justificar o lugar da segunda categoria que ela sempre ocupou na sociedade. Eles foram políticos, filósofos, religiosos, pensadores de todas as tipos". (ALAMBERT. 2004, p.02).

Assim, a exclusão da mulher na vida política é um reflexo de sua exclusão na sociedade e na ausência de reconhecimento desta como sujeito, baseado em grande medida no predomínio da figura do homem, seja no aspecto social, político ou econômico (VAZ, 2008, p.65). Dessa forma, as mulheres assim como os negros passaram anos à margem dos assuntos relevante para a sociedade.

O movimento feminista nasceu com a modernidade, sendo iniciado ao final do século XIX e intensificado no início do século XX, momento no qual ocorreram vários movimentos nos países da Europa e América em torno da luta pelo voto feminino (VAZ, 2008, p.65). A partir de então a luta feminina se consagrou pela busca da cidadania plena e sua emancipação.

Apesar de conquistas importantes, como direito a educação e voto, a mulher ainda não possuía participação social, sendo sempre vinculada ao mundo doméstico familiar e a um homem, referida situação permaneceu até a década de 70, momento no qual os movimentos feministas foram intensificados, conforme diagnostica Tabak.

A década de 70 tem uma importância decisiva na história do movimento feminista, Foi nesta época que a discussão da problemática feminina se colocou de forma efetiva e concreta no cenário mundial. Uma série de eventos contribuiu para introduzir neste debate as questões relativas à condição da mulher, seu papel social e sua posição no contexto internacional ou específico de cada região". (TABAK, Fanny. p. 35, 1983.).

O movimento feminino buscava resolver de uma vez por todas as desigualdades entre os sexos, um movimento ambicioso no qual as mulheres se fizeram presentes por meio de suas reivindicações, na tentativa de derrubar o estigma de mulheres não serem para política e de mudança de comportamento e mentalidade.

Durante o período colonial, as mulheres brasileiras viram-se excluídas dos direitos políticos no Brasil. E, isso, lembrando que “mesmo não havendo proibição expressa da participação da mulher na vida política da colônia, esta simplesmente não acontecia em razão das regras de conduta assimiladas pela sociedade da época” (DIAS e SAMPAIO, 2011, p. 60).

A exclusão das mulheres perdurou por todo o Império apesar de não haver proibição de voto expressa a interpretação da lei era no sentido de excluí-las, dessa forma, a evolução dos direitos políticos das mulheres ocorreu de forma lenta e gradativa no Brasil.

Somente em 1932 com o Código Eleitoral que, “após o surgimento de diversos movimentos organizados de mulheres em prol de causas relativas à emancipação feminina” o voto feminino foi assegurado (Decreto nº 21.076/1932) e, a partir de então, inclusive incorporado às Cartas Constitucionais posteriores. (DIAS e SAMPAIO, 2011, p. 69).

Todavia, as distinções históricas entre os gêneros continuam a refletir na participação feminina na política brasileira que se apresenta extremamente desproporcional em relação às candidaturas masculinas. Tanto que em meados do século XXI a luta da mulher em busca de seus direitos ainda é constante, mesmo sendo a maioria do eleitorado brasileiro (51,5 %) segundo o TSE.

Admitindo a distinção entre os sexos e ainda que somente através do acesso aos cargos de representação política haverá garantia da participação efetiva das mulheres nos interesses sociais, foi idealizada a política de cotas de gênero, com finalidade de incluir as mulheres na política, a partir de então foi criada a Lei 9.504/1997 que em seu §3º do artigo 10, estabeleceu a reserva de 30% das candidaturas para as mulheres.

No entanto, apesar do grande avanço que é a previsão de cota de gênero, a existência da lacuna acerca de penalidades aplicáveis aos Partidos Políticos que não cumprem a determinação legal, bem como não incentiva a participação efetiva das mulheres na condição de candidata, prejudica a efetividade da disposição legal, impossibilitando a mulher de assumir uma posição relevante frente a política brasileira e não atuar somente como eleitora.

3. COTA ELEITORAL DE GÊNERO - ANÁLISE DA EFICÁCIA E APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 9504/97

Conforme demonstrado em linhas pretéritas as mulheres foram historicamente inferiorizadas, oprimidas e sub julgadas quanto a sua capacidade dedecidir politicamente sobre o próprio futuro.

O Brasil só adotou a “cota de gênero” em 1995 através da Lei nº 9.100/95 que estabeleceu o mínimo 20% das cotas para a candidatura feminina. De acordo com o professor Maschio, a legislação resultou de alterações propostas pelo Projeto de Lei nº 783, de 1995, de autoria da então Deputada Marta Suplicy (PT/SP), subscrito por outras trinta parlamentares. (MASCHIO, 2003, p.55).

Apesar da exigência legal, muitos partidos não preencheram as vagas destinadas às mulheres nas eleições de 1996. No entanto, segundo Maschio, essa primeira experiência com cotas eleitorais de gênero no Brasil “permitiu que fossem ultrapassados os baixos índices de participação feminina no poder” (MASCHIO, 2003, p.55).

No ano seguinte às eleições o percentual mínimo de mulheres candidatas passou a ser 30% por meio da Lei n. 9.504/1997, que trouxe no art. 10, §3º da redação original da lei, o seguinte texto:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

§ 3º. Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (BRASIL, 1997).

Nos casos de 1995 e 1997, a legislação demonstrou não ser suficiente para ampliar a participação das mulheres no Parlamento brasileiro. Até as eleições de 2006, as exigências da legislação referentes a candidaturas de mulheres sequer garantiram a participação de mulheres na política eleitoral em consonância com os percentuais exigidos em lei. (RODRIGUES, 2017, p.3)

Para Maschio a legislação até então em vigor simplesmente ineficaz, que dispôs:

A legislação "ao prever um número mínimo de vagas para cada sexo, aumentou consideravelmente o número de vagas (150% do total de cadeiras disputadas) (mas) não estabeleceu nenhuma sanção ao partido que não preencher a cota mínima de candidatas mulheres", e concluiu dizendo que, "o único inconveniente que o partido sofre ao não preencher o percentual mínimo de 30% das vagas com mulheres é simplesmente que não poderá preenchê-las com homens". (MASCHIO, 2003, p.57).

Uma nova alteração na legislação ocorreu em 2009 por meio da Lei nº 12.034 que alterou a redação do art. 10, § 3º da Lei nº 9.504/1997, por meio do qual foi substituído o termo "deverá reservar" por "preencherá", restando a seguinte redação final:

§ 3º. Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (BRASIL, 1997).

Outros dispositivos foram criados e se revelaram como ações afirmativas na tentativa de reduzir a complexidade das questões de gêneros, como é o caso do inciso IV do art. 45 da Lei 12.034/2009 que determina que no mínimo, 10% do tempo de propaganda partidária gratuita no rádio e na televisão sejam destinados à promoção e à difusão da participação política feminina (SOUSA; OLIVEIRA, 2016, p. 231).

Outra parte importante da Lei 12.034 é o inciso IV do art. 45 que estabelece a aplicação de, no mínimo, 5% dos recursos do Fundo Partidário na criação e

manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres. (BRASIL, 2009, p. 14).

Conforme observamos, a legislação que estabeleceu a Lei de Cotas possui alguns pontos que a tornam pouco eficaz, pois não veio acompanhada de medidas capazes de alterar a dinâmica do processo eleitoral, pois os números indicam que muito há por fazer nesse campo e a possibilidade de que as vagas reservadas não sejam preenchidas por mulheres constitui uma das fraquezas da atual legislação. (MARTINS, 2017, p.31).

Assim, diversos são os estudos acerca da permanência da sub-representação feminina, no entanto, ainda não existe um denominador comum sobre suas causas, já a consequente ineficácia da Lei de Cotas, mesmo depois de ter passado mais de vinte anos de sua adoção, é um consenso na atual doutrina (MIGUEL, 2000; ALVES, 2005; ARAÚJO, 2001).

O professor Bruno Bolognesi revela a fragilidade da lei de cotas, ao asseverar que é preciso muito mais do que um formalismo como as cotas de gênero para que as mulheres tenham seu espaço garantido nos partidos políticos de forma ativa e não com números insignificantes. (BOLOGNESI, p.3, 2012).

4. ELEIÇÕES DE 2016 - A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS – TOCANTINS

A sub-representação das mulheres no âmbito do legislativo e nos demais espaços sociais de poder é uma realidade entre nós, seja em decorrência de fatores como a falta de capacitação política e de recursos financeiros, seja por força de um inegável e machista ranço cultural-ideológico. (MADRUGA, 2016, p.6).

Através de análise, deseja-se verificar se a aplicação da Lei 9.504/97, conhecida como “lei de cotas”, é efetiva e se está surtindo efeito na realidade do município de Palmas, Tocantins que foi criado em 20 de maio de 1989 e instalado em 1º de janeiro de 1990, após a transferência da capital provisória, Miracema. (IBGE, 2014, p.1).

Conforme tratado nos capítulos anteriores, o estabelecimento de cotas de gênero nas eleições é uma das ações afirmativas de gênero na política que foram criadas para que a mulher conseguisse conquistar espaço nas instâncias políticas.

No presente estudo, foram analisados os dados coletados no site do TSE, no que tange às eleições municipais para o cargo de vereador no período entre 2012 e 2016 no Município de Palmas, Tocantins.

Vejamos o levantamento do TSE no que tange as candidaturas e eleição femininas apresentadas nas eleições municipais ao cargo de vereador (a) nas eleições de 2012:

Da análise dos dados, observa-se que das 290 (duzentas e noventa) candidaturas aos cargos de vereadores registradas, 88 (oitenta e oito) eram candidaturas femininas, ultrapassando, inclusive, o percentual de 30% (trinta por cento) fixado em lei, no entanto, verifica-se que nenhuma das candidatas mulheres foi eleita no pleito de 2012.

Em nível nacional, as eleições municipais de 2012 também chegaram aos 30% previstos na lei, atingindo um percentual de 32,6% das candidaturas; contudo, o número de mulheres eleitas cresceu somente 0,4% em relação à eleição de 2008, ficando no percentual de 13,4% (RANGEL, 2014).

No que se refere as candidaturas ao cargo de vereador nas eleições municipais de 2016, realizadas em Palmas, Tocantins, os dados extraídos do sítio do Tribunal Superior Eleitoral, aponta 68,27% foram do gênero masculino e 31,73% do gênero feminino.

Percebe-se, que nas eleições de 2016 as candidaturas registradas aos cargos de vereadores, mais uma vez, atenderam o percentual de candidaturas femininas fixado pela Lei 9.504/97, no entanto, e ao contrário da eleição anterior, duas mulheres se elegeram, sendo elas a Sra. Laudecy Coimbra (SD) e Sra. Vanda Monteiro (PSL), preenchendo 2 (duas) das 19 (dezenove) vagas ao cargo de vereadores municipal.

Os dados revelam ainda, o número total de eleitores aptos a participar nas eleições municipais de Palmas em 2016 e sua divisão por gênero:

Os dados obtidos revelam que dos 172.344 eleitores aptos a votarem nas eleições municipais de 2016, 52,3% (cinquenta e dois virgula três por cento) são

mulheres, contudo, a quantidade de votos que as mulheres receberam sempre foi bem menor que a quantidade de mulheres votantes.

Avaliou-se, dessa forma, que a Lei de cotas não é efetiva, vez que apesar de devidamente aplicada esta não foi capaz de alterar a realidade político-institucional do município de Palmas. Ademais, o aumento do número de candidatas, sem ações efetivas de incentivo e a conscientização política dos partidos, não é capaz de contribuir para que mais mulheres sejam eleitas.

Existem ainda diversos desafios enfrentados pelas mulheres no processo eleitoral: 1) Recrutamento Partidário; 2) Registro de Candidatura; 3) Acesso aos recursos partidários (ex.: o horário gratuito de propaganda eleitoral); 4) Financiamento de Campanha; 5) Julgamento dos eleitores. (PEIXOTO, 2016, p.126).

As informações extraídas no site da Câmara Municipal de Palmas –TO, revelam o cenário político no âmbito municipal, vejamos:

ELEIÇÕES	VEREADORA ELEITA
1ª Legislatura (1989/1992)	0
2ª Legislatura (1993/1996)	1
3ª Legislatura (1997/2000)	4
4ª Legislatura (2001/2004)	3
5ª Legislatura (2005/2008)	2
6ª Legislatura (2009/2012)	1
7ª Legislatura (2013/2016)	0
8ª Legislatura (2017/2020)	2

Fonte: Câmara Municipal Palmas –TO.

Da análise dos dados, verifica-se o baixo desempenho da lei de cotas de gênero nas eleições municipais para o cargo de vereador de Palmas -TO, que vem

decrecendo a cada ano, e pouco contribuiu para a maior presença de mulheres nos espaços de poder.

Restando constatado, portanto, que a Lei 9.504/97 contribuiu tão somente para um tímido aumento na quantidade de candidaturas femininas registradas, todavia, o referido aumento não alterou o resultado do pleito favoravelmente às mulheres, uma vez que estas permanecem em menor quantidade na câmara municipal de Palmas -TO, demonstrando a baixa efetividade da aplicação da Lei de cotas eleitorais na esfera municipal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A baixa participação feminina na política brasileira, em virtude da baixa quantidade de mulheres eleitas, infelizmente, é uma realidade, apesar de ser maioria no eleitorado e da população nacional as mulheres seguem marginalizadas no que diz respeito a eleições. Surge a necessidade de mudança de consciência política da população a respeito da importância da mulher aos espaços de poder decisório da política brasileira, para possibilitar um avanço da democracia brasileira.

Refletindo sobre o cenário político a nível nacional, somente no ano de 2010 uma mulher, Dilma Rousseff, foi eleita presidente do país e no âmbito estadual o Tocantins nunca foi governado por uma mulher, limitando-se a eleger a vice governadora Cláudia Telles de Menezes Pires Martins Lelis no ano de 2015.

Já o município de Palmas, objeto do presente estudo, teve sua primeira prefeita mulher eleita (Nilmar Ruiz) em 2001, atualmente a chefe do Executivo na esfera municipal é a prefeita Cinthia Ribeiro que inicialmente era Vice-prefeita e foi empossada em virtude da renúncia do então prefeito Carlos Amastha.

No que se refere a Câmara de Vereadores Municipal de Palmas, verifica-se que a representação feminina sempre ocorreu de forma tímida e sem protagonismo algum, tanto que em 30 (trinta) anos de Palmas, nunca houve uma vereadora presidente da casa de leis, conforme se verifica no site da Câmara Municipal.

O resultado desta pesquisa revelou que apesar da devida aplicação da Lei 9.504/97, esta não foi capaz de contribuir para o aumento da representatividade feminina na Câmara de Vereadores do Município de Palmas –TO, o estudo demonstra que apesar do cumprimento da cota ter permitido um aumento no

percentual de candidaturas femininas, essas candidaturas não foram transformadas em mulheres eleitas.

Conclui-se, dessa forma, que a aplicação da Lei de cotas não tem efetividade e importa enfatizar que a ausência de sanção no caso do não cumprimento da lei contribui diretamente para a sua ineficiência, sem esquecer da falta de apoio financeiro às candidaturas femininas por parte dos partidos políticos que lançam candidaturas falsas apenas para preencher vagas e cumprir a lei.

Restou demonstrado que o sistema de cotas adotado não é adequado e/ou suficiente para incrementar a representatividade feminina na política, pois o fato de haver mais candidatas não significa melhores resultados eleitorais, sendo imprescindível que sejam criados mecanismos suplementares que fortaleçam a busca pela igualdade entre homens e mulheres na política, e contribuam para que o quadro de mulheres na Câmara dos Vereadores de Palmas atinja índices significativamente maiores que os apresentados.

6. REFERÊNCIAS

ALAMBERT, Zuleika. A mulher na história. A história da mulher. Fundação Astrogildo Pereira/FAP; Abaré. 2004.

ALVES; José Eustáquio Diniz. Impactos de indicadores sociais e do sistema eleitoral sobre as chances das mulheres nas eleições e suas interações com as cotas. Disponível em: . Acesso em 10 nov. 2018.

APOLINÁRIO. Carlos. Diário da Câmara dos Deputados. 1997. Disponível em . Acesso em: 7 abr. 2019.

ARAUJO, Clara. Potencialidades e limites da política de cotas no Brasil. 2001. Disponível em: . Acesso em 7 abr. 2019.

BELLOZO, Edson. A Mulher na Política Brasileira: Um Estudo da Sub – representação Feminina. Tese do curso de mestrado, apresentado na Universidade de Londrina, 2006.

BOLOGNESI, Bruno. A cota eleitoral de gênero: política pública ou engenharia eleitoral. 2005. Disponível em: . Acesso em 11 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Dispõe sobre as cotas de gênero no sistema eleitoral. Brasília: Senado, 1997.

DIAS, J.; SAMPAIO, V. G. A inserção política da mulher no Brasil: uma retrospectiva histórica. Revista do Tribunal Superior Eleitoral: Estudos Eleitorais. Brasília, v. 6 n. 3 set/dez 2011.

IBGE. Palmas (TO). Governo do Estado. 2014. Disponível em: <http://portal.to.gov.br>. Acesso em: 02 de jun. 2019.

MADRUGA. SIDNEY PESSOA. Cotas Eleitorais e Ações Afirmativas. 2016. Disponível em: http://www.prerj.mpf.mp.br/campanhas/cotas-para-candidatura-de-mulheres/Art.TRF2.Cotas.eleitorais%20-2-_2.pdf. Acesso em 02 de Jul. 2019.

MARTINS, Eneida Valarini. A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados. 2017, Brasília – DF. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/343/politica_cotas_martins.pdf?sequence=3, acesso em 30 de mai. 2019.

MASCHIO, Jane. Eficácia/ineficácia do sistema de cotas para mulheres. Resenha Eleitoral: nova série, Florianópolis, 2003.

MASSOLO, A., 2005. Gobiernos locales y mujeres: nuevos cambios y desafíos en América Latina. Observatório América Latina Genera: Gestion del Conocimiento para la Equidad de Género. Disponível em: <http://www.americalinagenera.org/elobservatorio>. Acesso em: 2 jun. 2019.

MIGUEL, Luis Felipe. Teoria política feminista e liberalismo: o caso das cotas de representação. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 44, p. 91-102, out. 2000.

MORAES, Maria do Socorro Jô. Esta Imponderável Mulher. Editora Mazza, 2000, Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/pesq_mulherepol.pdf, Acesso em 10 de outubro de 2018.

PEIXOTO, Vitor de Moraes; GOULART, Nelson Luís Motta; SILVA, Gabriel Tisse da. Cotas e mulheres nas eleições legislativas de 2014. Política & Sociedade, v. 15, n. 32, 2016.

PHILLIPS, Anne. The politics of presence. Oxford: Oxford University Press, 1995. Disponível em: https://www.fespsp.org.br/seminarios/aVI/GT_02/Carolinne_Landeira_GT02.pdf, Acesso em 25 de outubro 2018.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. A evolução da política de cota de gênero na legislação eleitoral e partidária e a sub-representação feminina no parlamento brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

SOUSA, Raquel Martins; OLIVEIRA, Adriana Vidal de. Paridade de gênero no poder legislativo brasileiro e comparado. Disponível em: . Acesso em: 18 nov. 2018.

TABAK, Fanny. Mulheres públicas: participação política e poder. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.

VAZ, Gislene de Almeida. A participação da mulher na política brasileira: a lei de cotas. Monografia apresentada para o curso de Especialização em Processo Legislativo. Câmara dos Deputados. 2008.

NOTAS:

[1] Graduado em Direito pelo UniCeub (2000). Possui pós-graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro (2007) e pós-graduação em Gestão do Poder Judiciário pela Faculdade Educacional da Lapa, Paraná (2012). Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2017). Formador cadastrado na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), em Brasília, Distrito Federal. Coordenador e professor do curso de pós-graduação "lato sensu" em Teoria e Prática do Direito Privado da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Atualmente é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO). Exerce a função de Juiz Eleitoral da 12ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins (TRE-TO). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Eleitoral e Gestão do Judiciário.

O ACESSO À JUSTIÇA NOS 30 ANOS DE VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA: Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: Este artigo tem como fundamento a análise dos aspectos jurídicos e a efetivação do princípio do acesso à justiça durante os trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Pela aplicação do novo Texto, que sedimentou tal preceito no seu Art. 5º inciso XVIII, destaca-se um inegável avanço do princípio do Amplo Acesso à Justiça frente o cenário jurídico brasileiro, ao incluí-lo no rol de direitos e garantias fundamentais. Notadamente, aponta-se sua implementação através da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário brasileiro - instituindo os Métodos Consensuais para resolução de controvérsias: Conciliação e Mediação. Assim, o direito pátrio concedeu importância ao Amplo Acesso à Justiça, ressaltando seu compromisso com o reestabelecimento do Estado Democrático de Direito e efetivação dos Direitos Humanos através de uma justiça célere e acessível.

Palavras-chaves: Acesso à Justiça; Constituição de 1988; Resolução nº 125/2010; Desjudicialização; Métodos Consensuais de Solução de Conflitos;

ABSTRACT : This article is based on the analysis of the legal aspects and the implementation of the principle of Access to Justice during the thirty years of the Federal Constitution of 1988. By applying the new text, which established this provision in its Article 5º, XVIII, highlights an undeniable advance of this principle in the Brazilian juridical scene, by including it in the fundamental rights and guarantees' list. Notably, its implementation is seen through Resolution nº. 125/2010 of the National Council of Justice, which provides the National Judicial Policy for the adequate treatment of conflicts of interest within the scope of t Brazilian Judiciary - establishing the Consensus Procedures to the controversies resolution's: Conciliation and Mediation. Thus, the country's right granted importance to the Ample Access to Justice, highlighting its commitment to the reestablishment of the Democratic State of Law and realization of Human Rights through a speedy and accessible justice.

Keywords: Access to justice; Constitution of 1988; Resolution nº 125/2010; Non Judicialization; Consensus Methods of Conflict Resolution.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O acesso à justiça; 2.1 Origem; 2.2 Evolução histórica na jurisdição brasileira; 3. Ampliação do acesso ao Judiciário e efetivação dos Direitos Humanos 3.1 Justiça célere como um direito humano; 4. A Desjudicialização e conflitos, Acesso à Direitos e a Resolução nº 125/2010 do CNJ; 4.1 O (Des)Afogamento dos Tribunais – Relatório “Justiça em Números 2018 – Ano Base 2017”; 4.2 A resolução 125/2010 do CNJ e os Métodos Consensuais para a solução de controvérsias; 4.2.1 Conciliação; 4.2.2. Mediação; 5. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O advento da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, inaugurou um novo momento político na vida dos brasileiros, em decorrência do rompimento com o passado ditatorial e a esperança do povo de obter suas demandas ouvidas e atendidas pelos órgãos democráticos responsáveis para tanto, em especial, através do Poder Judiciário.

O princípio garantidor do Acesso à Justiça no direito brasileiro é encontrado no Artigo 5º, inciso XXXV, no rol de direitos e garantias fundamentais, afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Tal excerto também é conhecido pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Entretanto, o significado axiológico desse inciso busca a realização da justiça em cada caso, para além do simples acesso ao Poder Judiciário, almejando a pacificação de conflitos, objetivo perseguido pelo Estado para com a sociedade, vinculando-se ao primado da justiça social.

É certo que o caráter formal desse princípio é de menos difícil acesso que seu âmbito material – comprovado pelos mais de 80 milhões de processos (2017) no sistema de justiça brasileiro, segundo o CNJ, em contraste com a nítida desigualdade social que é característica histórica do país.

Contudo, os próprios poderes da República e a sociedade civil enxergam que a população está habituada a levar seus conflitos para os tribunais em busca da prestação jurisdicional (judicialização), por acreditar que o Poder Judiciário é a única fonte de acesso à Justiça: uma verdadeira cultura do litígio que culminou com a crise do Judiciário que, abarrotado de processos, está cada vez mais moroso e ineficiente.

Para piorar esse quadro, é nítido que a grande parte das pessoas que mais precisam do socorro da justiça, são justamente as mesmas a terem suas demandas não atendidas, em total desrespeito com o enunciado de acesso à direitos exposto na Constituição Federal.

Diante deste cenário, a desjudicialização surge como instrumento capaz de propiciar a diminuição do volume de processos, de modo a desobstruir o Poder Judiciário e auxiliá-lo, para que preste a tutela jurisdicional pretendida às demandas que a aguardam – por meio dos métodos consensuais de solução de conflitos.

No ano de 2018, a Constituição de 88 completa 30 anos, trazendo consigo as mesmas promessas elencadas no momento de sua elaboração e, dentre elas, o acesso à justiça. É nesse sentir que o presente trabalho vem abordar diferentes nuances desse princípio no sistema de justiça brasileiro, apresentando os óbices e alternativas para a efetivação de direitos dentro do painel no qual o Poder Judiciário brasileiro se encontra.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p:8) afirmam que conceituar o Acesso à Justiça é uma tarefa árdua :

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Na visão dos autores, o acesso à Justiça consiste prioritariamente em estar assegurada ao indivíduo a prerrogativa de buscar o amparo estatal para resolver quaisquer questões que o acometam. Nesse sentido, o Estado é concebido como o ente que toma para si a função de decidir e administrar os conflitos (litígios), sendo este vedado de criar distinções ou obstáculos para o usufruto de direitos.

2.1 Origem

Apesar de ser fortemente notado a partir da eclosão dos movimentos constitucionalistas sociais, o nascimento do princípio do acesso à justiça é remoto e se faz presente na sociedade ocidental bem antes mesmo da ideia de Estado organizado. Conforme foram ocorrendo as revoluções, o dito princípio foi se adequando e adquirindo transformações em sua essência de acordo com as mutações do Estado Moderno e mudanças nos papéis do Estado Democrático de Direito^[1].

Durante a vigência do Estado Liberal, o princípio do amplo acesso à justiça obteve um caráter meramente formal e foi tido como um Direito Natural, período no qual restringiu-se somente ao direito de um particular contestar uma ação, já que o Estado se mostrava massivo e incapaz de gerir e administrar a sua máquina de maneira correta. O referido princípio adquiriu as características do ideal individualista burguês, apregoado pela Revolução Francesa, conforme aludem Mario Cappelletti e Bryant Garth (1988, p:4):

Nos estados liberais -burgueses dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um - direito natural?, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem

infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

Com as modificações sociais e a ocorrência de uma crise no sistema capitalista, sobrevieram as ideias do Estado Social de Direito (ou *Welfare State* como apresentado por Keynes) que buscava garantir através do Estado os Direitos Sociais, gerando a expectativa do indivíduo de pleiteá-los através do Poder Judiciário. Com isso, é iniciada uma nova fase do acesso à justiça, pois o “problema do acesso à justiça se tornou sociologicamente divisado, equacionando as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico formal e desigualdade sócio econômica.”[2]. Nessa fase, seu conteúdo foi ampliado para também garantir a igualdade material entre os sujeitos, bem como para a efetivação dos direitos sociais assegurados pelas chamadas Constituições Sociais.

Entretanto, fora percebido que somente a previsão legal de um dispositivo que garantisse o acesso ao judiciário não era satisfatório; fazia-se crucial a otimização das funções da Administração Pública e a criação de ferramentas por meio do Processo Civil para a realização de uma efetiva justiça social – e somente com isso – alcançar um Estado Democrático de Direito.

2.2 Evolução Histórica no Direito Brasileiro

A evolução do princípio do acesso à justiça na tradição jurídica brasileira ocorreu de forma lenta e gradual; sua primeira aparição sucedeu de forma tímida na Constituição Monárquica de 1824 que não o expressava categoricamente. Entretanto, até essa data, ocorreram dois eventos marcantes: as Ordenações Filipinas ratificadas em 1603 objetivavam garantir a assistência jurídica aos necessitados através de um advogado, e a criação de um Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, que possuía como finalidade disponibilizar alguns de seus membros para atender os sujeitos carentes e defendê-los.[3]

A Constituição Republicana de 1891 não mostrou qualquer desenvolvimento em relação ao acesso à justiça, ostentando apenas o princípio da ampla defesa - um de seus corolários.

Já no início do século XX, ocorreram importantes acontecimentos no Brasil, dentre os quais podemos citar a Revolução Constitucionalista que resultou na promulgação da Carta de 1934 inspirada nos ditames do Estado Social trazendo profundas mudanças no paradigma constitucional liberal até então vigente no ordenamento jurídico pátrio. Aqui, a assistência jurídica gratuita passou a gozar de *status* constitucional. Contudo, não foram percebidas grandes modificações na amplificação do acesso ao judiciário.

O princípio do amplo acesso à justiça ganhou seu *status* constitucional somente no Texto de 1946, no qual foi tido como um direito fundamental conforme pode ser observado, através do seu artigo 141, §4º:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Em 1964, o princípio do amplo acesso à justiça voltou a ser suprimido pelo excesso de “preocupação” com a ordem nacional trazido pelo Ato Institucional nº 2, de cunho ditatorial, que previa em seu texto legal a não apreciação pelo Poder Judiciário de atos praticados pela Intervenção Militar de 1964 e atos do Governo Federal.

Em 1967 foi outorgada uma nova Constituição pela então vigente Ditadura Militar, que afirmava o mencionado princípio em um plano absolutamente formal, conforme observado em seu art. 150 §4º.

Em 1968 e 1969, com a publicações do famigerado Ato Institucional nº 5 e da outorga da Carta Constitucional de 1969 houve uma considerável supressão de direitos fundamentais, como assegura Nery Junior (2009, p: 171):

Este AI 5 violou a CF/1967 150, §4.º, cuja redação foi repetida pela EC 1/69. Por essa emenda, entretanto, o AI foi “constitucionalizado”, pois a CF/ 1969 181 e 182 (EC 1/69 a

CF/1967) diziam excluírem-se da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando da revolução de 31.3.1964, reafirmada a vigência do AI 5 (CF/1969 182). Nada obstante a CF/1969 181 e 182 mencionarem a exclusão de apreciação, pelo Poder Judiciário, de atos praticados com fundamento no AI 5 e demais atos institucionais, complementares e adicionais, praticados pelo comando da revolução, estas duas normas eram inconstitucionais. Isto porque ilegítimas, já que outorgadas por quem não tinha competência para modificar a Constituição, estavam em contradição com normas constitucionais de grau superior (direitos e garantias individuais) e infringiam direito supralegal positivado no texto constitucional (direito de ação).

A partir de 1970, cada vez mais foi insurgindo no seio social o anseio pela volta da democracia e a real efetivação dos direitos fundamentais, fato esse, que influenciou decisivamente no conteúdo da Constituição de 1988.

1.2.1 O acesso à justiça e a Constituição de 1988

A “Constituição Cidadã”, assim denominada por Ulysses Guimarães, foi promulgada e com ela todas as expectativas sociais de uma sociedade mais justa e igual. Primeiramente, nela foi possível perceber sua especial preocupação com os Direitos Fundamentais quando a mesma os destinou um capítulo próprio (como nunca havia sido realizado antes) e os positivou no início do seu texto legal.

Hoje, a Constituição de 1988 é considerada uma das mais avançadas do mundo, possuindo um extenso rol de direitos individuais e coletivos, princípios que buscam dar efetivação para as normas programáticas e que possuem um modelo garantista.

Em relação ao princípio do amplo acesso à Justiça, a Carta garantiu o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário inerte e deixou facultado para o indivíduo provocá-lo através de ações:

CRFB/88: Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

[...]

Agora, com princípios e direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, enfrenta-se outra problemática, que consiste na morosidade do Poder Judiciário causada pelo abarrotamento de ações judiciais (muitas vezes causado pelo uso indiscriminado por acesso à Justiça). Como será abordado posteriormente, a máquina pública irá tomar uma série de medidas que visam uma maior eficiência processual e com isso, efetivação material dos direitos fundamentais.

3 A AMPLIAÇÃO DO ACESSO AO JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

HUMANOS

Em um Estado democrático de Direito não é suficiente apenas a positivação dos Direitos Humanos, também faz-se mister incluir as ferramentas que serão usadas para isso, bem como o funcionamento das mesmas, na lição de DALLARI (2004, p: 98):

Não basta afirmar, formalmente a existência dos Direitos, sem que as pessoas possam gozar desses direitos na prática. A par disso, é indispensável também a existência de instrumentos de garantia, para que os direitos não possam ser ofendidos ou anulados por ações arbitrárias de quem detiver o poder [...]

O Poder Judiciário é a principal ferramenta de garantia dos Direitos Humanos, pois como aludido anteriormente, é através dele que os indivíduos potestarão seus direitos frente as arbitrariedades estatais ou particulares. A atuação do Poder Judiciário deve sempre acontecer no sentido da preservação constitucional e dos bens por ela mencionados.

Flávia Piovesan assevera que uma das maiores dificuldades do Judiciário hoje é lidar com a massiva quantidade de ações judiciais, pois grande parte é composta de objeções muitas vezes irresponsáveis e que não buscam a concessão de direitos, e sim de vantagens (PIOVESAN, 2015: p.77). Deste modo, o primeiro passo em direção ao congruente acesso ao judiciário consiste em educar e conscientizar a sociedade para que a mesma veja necessidade e possibilidade de buscar seus direitos de forma adequada.

Apesar de nos últimos trinta anos a efetivação dos Direitos Humanos estar crescendo exponencialmente, é notável que ainda há um longo caminho a se percorrer. “Embora o acesso efetivo á justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “Efetividade” é, por se só, algo vago”. (CAPPELLETTI, 1988: p.15)

3.1 Justiça célere como um direito humano

Uma vez reconhecida a tutela jurisdicional dos direitos, faz-se mister prestar de forma célere a efetivação dos direitos. O Estado possui o dever de melhorar e compensar os afetados pela ineficiente prestação jurisdicional oferecida seja pela falta de preparo dos agentes públicos ou pela própria falha do sistema de serviço público (DIAS, 2004: p.108).

Nesse diapasão, Annoni também considera que a inaptidão e o despreparo do julgador agrava consideravelmente a celeridade processual, além de agravar ainda mais péssima impressão que a sociedade possui do Poder Judiciário, sem respaldo e descaracterizando um dos fundamentos estatais, e, conseqüentemente inseguro (ANNONI, 2009: p. 7-8). O julgamento tardio perde, de maneira progressiva, a sua finalidade, que é a de fazer valer o direito pretendido – a “justiça” (LIMA FILHO, 2003: p. 292).

Para combater isso, o Poder Público, como veremos adiante, irá implementar uma série de mecanismos que visam melhorar a prestação jurisdicional em menos tempo, tornando-a mais efetiva e dando as suas decisões proferidas um caráter paradigmático.

4 A DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS, ACESSO À DIREITOS E A RESOLUÇÃO

Nº 125/2010 DO CNJ

Conforme levantado Alhures, por vezes, o Poder Judiciário é apresentado como óbice à satisfação de direitos, sejam eles fundamentados em preceitos constitucionais ou atrelados à contendas de caráter relativamente simples. Os mais diversos motivos podem ser apontados para tanto, dentre os quais destacam-se: o evidente despreparo do julgador ao lidar com certos tipos de litígio, bem como, a ausência de resolução processual célere no contexto brasileiro – que por sinal, já está muito próximo do limite de ações que poderia abarcar, caso já não tenha atingido esse número.

Contudo, é observado que essa tendência não é exclusividade do nosso país, já que a chamada “crise da Justiça” é um problema de escala global, sem distinção econômica, social ou cultural e que possui custos políticos de igual relevância.

Na lição de Joaquim Falcão (FALCÃO, 1996: p. 273-274) , a diferença do Brasil perante os outros sistemas jurídicos reside no fato de a questão do acesso à justiça, lá fora, é tratada como estímulo à efetivação do direito das minorias, enquanto aqui o fenômeno é completamente oposto: a maioria da população é quem não tem acesso ao sistema de justiça.

Corroborando com essa visão, Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2008: p. 32-33) afirma que existe nessa nação uma gama de pessoas que não tem conhecimento de seus direitos ou, quando os fazem, possuem também o sentimento de impotência para pleiteá-los. Nesse sentido, o autor assevera que deve haver a verdadeira revolução democrática da justiça.

Desse modo, o diagnóstico não se limita ao estrangulamento do judiciário, mas também comprova o cenário inquietante de crise no acesso aos tribunais, à justiça e aos direitos.

Mauro Cappelletti (CAPPELETTI, 1994: p. 83) aponta que o caminhar ao acesso à justiça deverá, sobretudo, procurar meios para superação de entraves que tornam inacessíveis esse trânsito, no sentido de remover tais obstáculos que tornam as liberdades civis e políticas inacessíveis para grande parte da população.

Percebe-se, então, que a ideia de acesso ao direito nos dias atuais não deve ser resumida apenas ao acesso ao Poder Judiciário; ainda mais, na visão de Paula Costa e Silva (SILVA, 2009: p. 19), “de preferência sem contato ou sem passagem pelos Tribunais”, já que antes mesmo dessa fase, o exercício desse direito é antecedido por filtros.

Apesar disso, ainda existe no Brasil a visão reducionista que equipara o acesso à justiça com o acesso ao Judiciário, contribuindo para a chamada seletividade do sistema e, conseqüentemente, a insatisfação social

Desse modo, no cenário atual, é dever do Estado solucionar litígios através de diversos sistemas de resolução de conflitos, não vinculando-se à via judicial em sentido estrito. É nessa toada que deve-se garantir que os cidadãos sejam conhecedores dos seus direitos e tenham condições suficientes para superação das barreiras sociais e econômicas e acessarem livremente a entidade pela qual considerem mais adequada para solução do conflito, que podem ser os tribunais, uma terceira parte da comunidade ou até uma instância formal não-judicial.

Justamente nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/2010, a qual elencou os meios consensuais e alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação. Os objetivos principais vinculam-se a desobstrução do acúmulo exponencial de demandas (que sobrecarregam o judiciário e diminuem consideravelmente a qualidade da prestação jurisdicional), e a busca de saídas para o alcance da paz social, objetivo do sistema de justiça.

4.1 O (Des)Afogamento dos Tribunais – Relatório “Justiça em Números 2018 – Ano Base 2017”

Segundo dados do Relatório “Justiça em Números 2018 – ano/base 2017”, produzido pelo CNJ, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2017 com o incrível número de 80,1 milhões de processos em tramitação, ou seja, aqueles que ainda aguardam solução definitiva. Deles, 14,5 milhões (18,1%) estavam sobrestados, suspensos ou em arquivo provisório – é dizer, aguardando situação jurídica futura.

Ainda que o levantamento aponte que 2017 foi o período de menor crescimento do volume de processos, houve um aumento de 244 mil casos em relação ao montante de 2016.

Somente no ano-base (2017), ingressaram com 29,1 milhões de processos, enquanto o número de baixados foi de 31 milhões, havendo decréscimo de novos casos em 1%, quando comparado com o ano de 2016, e aumento de 5,2% no número de processos resolvidos. Entretanto, a demanda pelos serviços judiciários aumentou em 18,3%, quando considerada a série histórica desde 2009.

O ano de 2017 ainda traz a excelente marca de mais de 30 milhões de processos solucionados. Apesar disso, o estoque não reduziu, pois ainda que o Judiciário tenha resolvido o número de 6,5% acima da demanda, os casos pendentes de solução retornam à tramitação – sentenças anuladas em instância superior, mudança de classe processual ou alteração de competência.

Ainda, vê-se que a própria metodologia utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça – explicitada pelo Glossário da Resolução CNJ 76/2009 – favorece a diminuição dos índices apontados acima, já que o termo “processos baixados” engloba não só aqueles arquivados definitivamente, mas também: a) Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) Remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; e c) Em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução.

Nesse sentido, tais processos ainda demandam esforços do Poder Judiciário, já que a solução final do conflito ou o bem jurídico almejado ainda não foi conseguido pelas partes.

Outro dado interessante apontado pela pesquisa é a relação entre o volume de processos pendentes e o volume de ações que ingressam a cada ano. Na Justiça Estadual, essa razão segue na proporção de 3,1 vezes, e na Justiça Federal, 2,7. Nos demais casos (Trabalhista e Tribunais superiores), o número de processos pendentes e o de processos novos é quase o mesmo: a razão é de 1,3 e 1,1 respectivamente.

Esse número, em realidade, indica que mesmo que não existissem novas demandas e que fosse mantida a produtividade dos tribunais, seriam necessários mais ou menos 2 anos e 7 meses de trabalho para zerar o estoque de processos – o que é denominado de “tempo de giro do acervo” – sendo que na Justiça Estadual, o tempo seria de 2 anos e 11 meses; na Federal, 2 anos e 10 meses; na seara Trabalhista, 1 ano e 2 meses; na Militar Estadual, 8 meses; e nos Tribunais Superiores, 1 ano.

Já na tópico relacionado ao acesso à justiça, cujos dados se relacionam com a demanda da população pelos serviços judiciários e concessões de assistência judiciária gratuita nos tribunais, o CNJ indica que em 2017, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.159 ingressaram com uma ação judicial – levando em consideração apenas os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais.

Dentro desse conjunto, há ainda a problemática do tempo médio de duração dos processos. Entretanto, pela metodologia adotada no levantamento, o CNJ não indicou esse lapso temporal, afirmando apenas que existem processos que findam logo no primeiro grau, outros no segundo. Contudo, o maior problema encontra-se nos processos em fase de execução, visto que esse número é de 53% dos 80,1 milhões já citados acima.

Faz-se mister lembrar que a garantia de acesso aos tribunais também abarca a exigência de “razoável duração do processo”, introduzida na ordem constitucional brasileira por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acresceu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Carta Magna, asseverando que “a todos, no

âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Logo, a análise dos dados apontados nos mostra que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário é garantia fundamental no nosso ordenamento. Entretanto, uma leitura oblíqua do acesso à justiça acarreta em considerar o Judiciário como o destino natural de todas as controvérsias, o que corrobora com o alto número de processos – objeto de críticas da opinião pública. Na visão de Roberto Portugal Bacellar (BACELLAR, 2003: p.69):

Disso não decorre que todas as questões devam ser trazidas à apreciação de um juiz de direito. As pessoas sempre puderam resolver suas pendências pessoalmente, por meios conciliatórios, e, numa variante conciliatória, até com a eleição de terceiro não integrante dos quadros da magistratura oficial. É o exemplo da arbitragem. A livre manifestação da vontade de pessoas capazes, no sentido de solucionar suas pendências fora do Poder Judiciário, deve ser respeitada, sem que reste prejudicado o monopólio jurisdicional, muito menos afrontado o princípio da inafastabilidade.

Ada Pellegrini Grinover, em “Os fundamentos da Justiça Conciliativa” (GRINOVER, 2007), indica que “quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve.”.

O Ministro Gilmar Mendes (MENDES, 2011), em 2011, cita como exemplo a criação dos Juizados Especiais, que foram concebidos para abarcar demandas de menor complexidade, porém catabolizaram o número de processos sem o devido aumento de estrutura, congestionando-os. O jurista denomina esse fenômeno de “fracasso do sucesso”, com relação aos Juizados Especiais Federais. Ato contínuo, ressaltou que no Brasil há um nível extraordinário de litigiosidade, cuja solução perpassava por uma mudança cultural.

O professor Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, 2009: p.18), na mesma linha de pensamento, defende a atualização e contextualização de paradigmas, como acesso à jurisdição e à justiça – sendo o apelo ao Poder Judiciário o último recurso, ou *last resort* (na tradição norte-americana). Desse modo, o

monopólio das controvérsias pelo Estado daria lugar ao filtro primeiro de instâncias ou órgãos que proporcionassem uma solução consensual, pois:

Cabe considerar, na esteira da melhor doutrina, a perspectiva de uma justiça co-existencial (que busca resolver o conflito de modo não impactante, buscando preservar as relações entre os interessados), promovida num processo tendencialmente não-adversarial, ambiente no qual a lide passa a ser vista não como um malefício a ser eliminado drasticamente, mas como uma oportunidade para o manejo adequado da crise emergente, em ordem a uma possível composição justa.

Porém durante muito tempo prevaleceu/prevalece a cultura do processo e da sentença. Tem-se o falso ideal de que métodos alternativos de solução de conflitos são mesmo alternativos. Assim, a solução correta e coerente com o avançado estágio de civilização em que se encontra a sociedade moderna seria obtida pelo processo jurisdicional, pela sentença.

Nesta baila, o diagnóstico do problema encontra duas possíveis causas: a) a falta de estrutura do Poder Judiciário, que faz com que os tribunais não consigam abarcar a quantidade massiva de ações e recursos; e b) a tradição litigante brasileira, ou cultura demandista, instigada por uma leitura inadequada do acesso à justiça.

É nesse quadro que o fenômeno da desjudicialização aparece como alternativa viável para solucionar a questão do estrangulamento do sistema jurídico brasileiro. Esse termo diz respeito à propriedade de facultar às partes comporem seus conflitos fora da esfera judicial, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis, na busca de soluções sem a tramitação habitual dos tribunais, considerada morosa.

4.2 A resolução 125/2010 do CNJ e os Métodos Consensuais para a solução de controvérsias

A situação traçada motivou e ainda motiva reformas legislativas, que buscaram propiciar uma visão contemporânea dos princípios constitucionais atrelada com a efetividade e pacificação social. Uma das soluções apresentadas para diminuir ou até resolver os problemas do estrangulamento do Poder Judiciário reside no uso dos métodos consensuais e alternativos de resolução de conflitos.

Antes mesmo do Novo Código de Processo Civil (2015), foram inseridos em quase todos os procedimentos uma fase de audiência específica ou tentativa de conciliação. Houve também o advento dos já citados Juizados Especiais.

Já com o novo Diploma Processual Cível, a conciliação já mostra-se como momento processual obrigatório, com a inclusão de conciliadores, mediadores e demais auxiliares da justiça.

Porém, paralelo aos debates que antecederam a elaboração do projeto do atual texto processual e, em atendimento aos anseios da população e procurando soluções par as deficiências do Poder Judiciário, o CNJ editou a Resolução nº 125/2010, que tem como norte a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos. Sua importância não é relacionada apenas com a instauração desses métodos, mas sim porque objetivou a mudança no ponto de vista através do qual essas questões eram abordadas.

Quando da sua posse para Presidente do Supremo Tribunal Federal, em abril de 2010, o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso (PELUSO, 2010: p. 24-27) demonstrou preocupação com os rumos do Judiciário ante a sobrecarga de processos que assombrara os tribunais, proferindo discurso acerca dos mecanismos para resolução de conflitos, ao afirmar que:

O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É

tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desfogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses.

Como explicitado acima, o Ministro apontou para a necessidade de “institucionalização no Poder Judiciário” dos meios alternativos de resolução de litígios, tratando o assunto como objeto de uma política pública específica e adequada para tanto.

Coincidentemente ou não, após 07 meses da posse do referido Ministro, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125, justamente com a finalidade de Institucionalizar a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário.

Daniela Monteiro Gabbay (GABBAY, 2011, p. 64-65), leciona que a institucionalização de tais métodos perpassa pela:

[...] implementação, regulação e suporte conferidos pelo Poder Judiciário quer antes do processo judicial, quer incidentalmente a ele (mediação pré-processual e processual). Isso implica em sua instituição formal por alguma norma (portaria, provimento, resolução, decreto ou lei) com regras acerca de seu procedimento e funcionamento, existência de orçamento específico, capacitação de recursos humanos e

provimento de cargos para os programas, buscando que a sua continuidade não dependa apenas da iniciativa individual de alguns atores, como do juiz no gerenciamento de processos e do Presidente do Tribunal no exercício de sua gestão e mandato.

Assim, a Resolução abordada tenta modificar completamente a tradição processual brasileira, que tinha como centro a produção de uma sentença, dotada de teor jurídico, que pusesse fim a um conflito da vida mundana.

Desse modo, como afirmam Letícia de Mattos Schroder e Gabriela Bonini Paglione (SCHRODER; PAGLIONE, 2012: p. 455), o advento desse texto constituiu verdadeiro investimento para a solução da crise do Poder Judiciário, por meio da análise de dois pontos principais.

O primeiro é que a “obtenção” de uma sentença imposta é justamente o contrário daquilo que se busca como “pacificação social”, objetivo da jurisdição, já que uma das partes (ou ambas) restará(ão) insatisfeita(s), gerando um novo recurso aos tribunais, seguindo a lógica processual da sucumbência.

Além disso, é trazido à baila o tempo decorrido entre a interposição do recurso e o acórdão, a existência de sentenças *citra, infra e extra petita* – que gerarão novo esforço do judiciário. É que, segundo as autoras, apenas parte do conflito é levado aos autos: é o caso de questões relacionadas com o direito de família, por exemplo, nas quais o sentimento de mágoa e rivalidade são mais acentuados.

Nesse sentido, a resolução da contenda por métodos alternativos possibilitaria a inclusão de outros aspectos do problema, que as outras faces da situação poderiam ser facilmente levadas em consideração, atingindo o primado verdadeiro da paz social.

O segundo ponto diz respeito à probabilidade de cumprimento das decisões emanadas na sentença em comparação com as não impostas por ela, pois a compreensão da dimensão e amplitude do problema criam um ambiente favorável à conscientização dos sujeitos envolvidos, ampliando a chance de acordo.

Por conseguinte, essas premissas concedem ao observador avaliar que o objetivo principal da política pública instituída pelo CNJ é dar tratamento adequado aos conflitos e promover de forma efetiva a pacificação social do conflito em todos os seus aspectos.

O objetivo, portanto, não é reduzir a carga de trabalho do Judiciário nem desafogar os tribunais, mas sim fornecer tratamento adequado aos conflitos. Sua consequência poderá acarretar, eventualmente, na redução desses números – sem, contudo, ser seu foco.

A Resolução 125/2010 possui 19 artigos, distribuídos em 4 capítulos: Instituição da política pública para tratamento adequado dos conflitos, das atribuições do CNJ, dos Tribunais, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e do Portal da Conciliação. Ainda, traz como anexo um Código de Ética de Conciliadores e Mediadores.

Dentro dos principais conceitos, há a adoção do conceito do Professor Kazuo Watanabe (WATANABE, 1988: p.128) denominado de “acesso à ordem jurídica justa”, entendido por aquele sistema que propicie um tratamento e resolução adequados a cada tipo de conflito (não apenas formalmente). O CNJ, ainda, atribuiu a si próprio a obrigação de fixar diretrizes para o desenvolvimento dessa nova política.

Aos Tribunais, foi incumbida a missão de instalar os Núcleos Permanentes de Conciliação, responsáveis pela gestão de conciliadores e mediadores dos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania).

A Resolução determina a criação e instalação desses Centros nas Comarcas com mais de um Juízo, Vara ou Juizado, incumbindo-lhes a realização de todas as sessões de mediação e conciliação (durante ou pré-processuais, e nesse último caso, os envolvidos são conciliandos e mediandos, não autor e réu) – o que possibilita que o interessado/jurisdicionado possa apresentar seu conflito sem advogado e gratuitamente. Assim, a outra parte é convidada para conciliar ou mediar.

Tais Centros também possuem a missão de colaborar com o exercício da cidadania, prestando informações e encaminhamentos jurídicos.

Quanto aos métodos específicos de resolução de conflitos – conciliação e mediação – a própria Resolução não faz distinção rígida entre esses institutos, razão pela qual é interessante tecer algumas observações acerca de cada um.

4.2.1 Conciliação

A conciliação, que vem sendo praticada tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, tem apresentado inúmeras vantagens para o Poder Judiciário, bem como para a própria sociedade, pois a prática consiste em conciliar as partes litigantes apenas pela comunicação, logo, torna-se um processo informal e rápido.

Na conciliação, além dos envolvidos, deve estar presente o conciliador, o qual é um terceiro imparcial que não está envolvido emocionalmente, de maneira que este auxilie na resolução do conflito. Nesta esfera de conciliação, o conciliador pode intervir de maneira mais objetiva e direta, sugerindo propostas de solução para o conflito das partes. As partes, conciliando-se, assinarão um termo, o qual conterá o conteúdo discutido que será produzido pelo conciliador após o término da audiência, e assim posteriormente mandado para a homologação do juiz que colocará fim ao processo judicial.

Segundo Kazuo Watanabe (WATANABE, 2003: p. 50), sobre a importância da conciliação, afirma que ela:

“é muito mais importante a atuação do juiz, do profissional do Direito na pacificação da sociedade do que na solução do conflito. É mais relevante para o juiz um acordo amigável, mediante a conciliação das partes, do que uma sentença brilhante e que venha a ser confirmada pelos tribunais superiores.”.

Na conciliação extrajudicial, a vontade deve partir dos indivíduos para sua composição. De todo modo, o terceiro imparcial detém maior protagonismo, pois além de restabelecer a comunicação entre as partes, o conciliador também poderá propor soluções e acordos possíveis.

Assim, é perceptível que na conciliação, o objetivo primordial é a obtenção do acordo, o que torna as sessões mais rápidas.

4.2.2 Mediação

O Conselho Nacional de Justiça, em seu Curso de Mediação Judicial – 1ª Versão (CNJ, 2011: p. 30), elenca a mediação como método autocompositivo indiretos, segundo o qual as pessoas em disputa são auxiliadas por um terceiro, neutro ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesses na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição.

É sabido que um conflito possui uma abrangência maior do que simplesmente as questões juridicamente tuteladas sobre a qual os mediandos estão discutindo em juízo. Nesse quadro, há a lide processual, comum no mundo do Direito processual, que abarca somente os interesses aparentes da pessoa, sobre os quais o Juiz proferirá sentença; e a lide sociológica, que envolve aspectos psicológicos, subjacentes, que tornam os conflitos mais complexos.

Observando que a conciliação também é autocompositiva, pois a técnica se caracteriza por possibilitar às partes envolvidas que busquem uma solução para o problema em questão, e, conseqüentemente, a restauração da convivência pacífica entre elas. Assim, a mediação atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes.

A mediação é realizada mediante estratégias específicas e um mediador, que auxiliarão a comunicação e interação entre as partes, sem haver submissão aos procedimentos formais jurídicos. Ademais, esse método busca valorizar os laços fundamentais de relacionamento das partes. Aqui, há um procedimento informal, contemplando principalmente o diálogo.

Nesta baila, o terceiro imparcial deve ficar numa postura pouco interventiva, de modo que as partes, por si só, cheguem à profundidade do conflito e encontrem soluções para sua resolução. A função principal do mediador é a de restabelecer a comunicação entre as partes e levá-las à compreensão do conflito em todas as suas dimensões e conseqüências.

Por fim, a Resolução coloca ambos os métodos no mesmo patamar, justamente para possibilitar o uso de cada qual de forma mais adequada ao conflito

que for apresentado, ante o fato de a proposta é a pacificação do conflito e dos envolvidos.

5 CONCLUSÃO

O crescimento progressivo do direito ao acesso à justiça efetuou-se de forma sucessiva ao longo do tempo juntamente com as modificações sociais. É verossímil notar tal afirmação através do conteúdo do mesmo, bem como a forma que ele foi adquirindo quando tratado pelos legisladores liberais, sociais e ditatoriais, assumindo nuances diferentes de acordo com o contexto político vigente de cada época.

A datar de 1965 houve um interesse maior acerca do assunto, sobretudo no mundo Ocidental, com o objetivo de resguardar a assistência jurídica, da mesma forma como proteger os direitos difusos e proporcionar um melhor acesso à Justiça aos necessitados, trazendo caminhos alternativos e informais para a resolução dos litígios, inclusive mediante o abandono do monopólio estatal da prestação jurisdicional.

No ordenamento jurídico brasileiro, a difusão do acesso à justiça como direito fundamental ocorreu lentamente a princípio, manifestando-se pela primeira vez na Constituição de 1946, mesmo não se efetivando de forma real para a população brasileira.

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, existiu uma maior busca por proteção jurídica, julgando pela população que estava motivada pela obtenção de direitos inéditos e eficácia das leis acerca dos direitos fundamentais, bem como pela origem de novos métodos para o acesso ao Judiciário.

Hoje, é possível notar que modelos muito significativos foram implantados para tornar mais eficaz e proporcionar um acesso à justiça mais eficientes aos civis, tomando por exemplo a criação dos Métodos Consensuais para a Resolução de Controvérsias que proporcionam autonomia às partes para buscarem a solução dos seus conflitos da forma como melhor lhes parece.

Diante disso, nesses 30 anos de Constituição, faz-se mister afirmar que os impedimentos entre o acesso ao judiciário e os cidadão estão se desfazendo de

maneira definitiva. O cidadão não deve mais ser observado somente em um plano individual, mas sim como pertencente à coletividade que dispõe de direitos fundamentais que devem ser efetivados e protegidos.

REFERÊNCIAS

ANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito** (nota introdutória). Revista dos Tribunais, ano 98, v.888, outubro 2009, p.1-800, p.18.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.69.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial, 1988. Disponível em :<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Curso de Mediação Judicial**. 1ª Versão. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/a801d32fa970c1b2a382e0ca346d03e0.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº 76**, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_76_12052009_10102012220048.pdf>. Acesso em: 20 set 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112_010_16092014165812.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

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

DALLARI, Dalmo Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FALCÃO, Joaquim. Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, AMB (Org.). **Justiça: promessa e realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 273-274.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Salvador: Juspodivn, 2016

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário**: Condições Necessárias para a Institucionalização dos Meios Autocompositivos de Solução de Conflitos. 2011. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Processual), Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça Conciliativa**. Revista de Arbitragem e Me-diação. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n.14, jul-set/2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). **Revista dos Tribunais**, ano 98, v.888, outubro 2009, p.1-800, p.18.

MENDES, Gilmar. **Juizados Especiais Federais e turmas recursais podem ganhar 225 juízes permanentes**. STJ, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2507243/juizados-especiais-federais-e-turmas-recursais-podem-ganhar-225-juizes-permanentes>>. Acesso em: 21 set. 2018.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 415p.

PEDROSO, João; RINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **E a justiça aqui tão perto?** As transformações no acesso ao direito e à justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, v. 65, p. 79, 2003.

PELUSO, Antonio Cezar. **Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010**. In: SESSÃO SOLENE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 3., Brasília, 2010. Ata da [...], realizada em 23 de abril de 2010: posse dos excelentíssimos senhores ministros Antonio Cezar Peluso, na presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, e Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, na vice-presidência. Diário da Justiça Eletrônico, 23 maio 2010, p. 24 a 27. STF.

PIOVESAN, Flávia . **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição (1946)**. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Data de acesso: 19 de setembro de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2008. p. 32-33.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003

SEIXAS, Bernardo; SOUZA, Roberta. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Direito e Democracia**, a, v.14, n.1, jan./jun. 2013

SCHRODER, Leticia de Mattos; PAGLIONE, Gabriela Bonini. Resolução 125 do CNJ e os novos rumos da Conciliação e Mediação: será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional?. In: COUTO, Mônica Bonneti; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MATOS, Eneas de Oliveira (Org.). **Acesso à Justiça**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. ISBN: 978-85-7840-103-0.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.). et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128-135.

_____. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: **Mediação e Gerenciamento do Processo**: Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Mediação: um projeto inovador. In: **Série Cadernos do SEJ**. DELGADO, José. et al.(Org). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF. v.22. 2003. p.50. ISBN 85-85572-71-X;

A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA ("TRÁFICO PRIVILEGIADO"): CONTEXTUALIZAÇÃO E REQUISITOS

BRUNO PORANGABA RODRIGUES: Advogado.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo^[1]: O presente trabalho tem por objetivo analisar o contexto e os requisitos da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas. Tráfico Privilegiado.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; DESENVOLVIMENTO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A justiça criminal se depara, rotineiramente, com a análise de casos envolvendo o tráfico de drogas, sendo, por isso, relevante diferenciar o tráfico comum do tráfico privilegiado.

Aliás, como bem esclarece Renato Brasileiro, "apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de tráfico privilegiado, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade". Trata-se, portanto, de "verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase do cálculo da pena no sistema trifásico de Nelson Hungria (CP, art. 68)" ^[2].

Dessa forma, no presente trabalho será analisada uma das inovações trazidas pela Lei n. 11.343/2006: a figura do traficante privilegiado, ou melhor, a causa especial de diminuição de pena, prevista no seu artigo 33, §4º.

DESENVOLVIMENTO

A causa especial de diminuição de pena, prevista no seu artigo 33, §4º, contém a seguinte prescrição normativa:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

[...]

§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012) (grifo nosso)

É imperioso ressaltar, preliminarmente, que a redação original do artigo 33, §4º, sofreu alteração pela Resolução n. 5, aprovada pelo Senado Federal e, pelo Senador Presidente, promulgada em 15 de fevereiro de 2012, suspendendo-se a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, prevista no texto oficial. O órgão político assim o agiu com fulcro na competência outorgada pela CRFB/88, no seu artigo 52, X, após o Supremo Tribunal Federal ter declarado a inconstitucionalidade daquela expressão nos autos do Habeas Corpus n. 97.256/RS.

Superada essa explicação prévia, passa-se a analisar os demais aspectos da referida causa de diminuição de pena.

Com efeito, a razão de ser do dispositivo em tela é simples e se fundamenta em um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, o da isonomia aristotélica, isto é, deve-se igualar os iguais e desigualar os desiguais, na medida das suas desigualdades.

Ora, não seria equânime que um agente, que comprovadamente se dedique a atividades criminosas com habitualidade, integrando uma estrutura organizacional voltada para a prática reiterada de crimes, seja equiparado a outro que, sem vínculo com organização criminosa, venha a praticar, de maneira inédita, a conduta tipificada como tráfico de drogas. Por isso, o legislador, de maneira acertada, resolveu fixar uma minorante àquele que seja considerado “traficante de primeira viagem”^[3].

Particularmente, não se acredita que, com essa causa de diminuição de pena, haveria um estímulo à prática do tráfico de drogas. Primeiro porque a pena, mesmo com uma eventual causa de diminuição de um sexto a dois terços, ainda permaneceria alta, haja vista que a pena mínima em abstrato é de cinco anos. Segundo porque doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que a concessão do benefício depende, necessariamente, da presença cumulativa dos requisitos previstos no artigo 33, §4º, quais sejam: agente primário, bons antecedentes e sem envolvimento com atividade e organização criminosas.

Então, somente será possível reconhecer a existência de um direito subjetivo do acusado em ter a seu favor a concessão da causa especial de diminuição de pena se, e somente se, estiverem presentes os requisitos cumulativos a que se referiu. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes afirma que^[4]:

A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante (esta orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida)

O entendimento jurisprudencial, como dito, segue a mesma linha. Nesse sentido, a Sexta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do

Habeas Corpus n. 96825/SP, relatado pelo Ministro Paulo Gallotti, no julgamento proferido em 01/04/2008, interpretando a causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, entendeu que, satisfeitos os requisitos necessários para a sua concessão, o acusado gozará de um direito subjetivo, conforme se observa do recorte da transcrição do aresto indicado, *in verbis*[5]:

Ademais, o termo "poderão", utilizado pelo legislador, muito embora indique uma faculdade do juiz para proceder à diminuição da sanção, constitui, na verdade, um dever judicial, representando um direito subjetivo do réu, desde que preenchidos os requisitos lá previstos, sendo certo que, para afastar a incidência da norma, haverá o magistrado, limitando-se a verificar a primariedade e os bons antecedentes, bem como se ele se dedica a atividades criminosas e, ainda, se integra organização desse gênero, de fundamentar a decisão.

Na mesma linha de inteligência, a Quinta Turma da Egrégia Corte de Legalidade, nos autos do Habeas Corpus n. 115473/SP, relatado pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, no julgamento proferido em 04/12/2008, interpretou a aludida causa de diminuição de pena como sendo um direito subjetivo do acusado, desde que preenchidos os seus requisitos, somente se admitindo o seu afastamento por meio de motivação expressa pelo julgador no caso concreto, consoante se verifica do trecho do acórdão a que se referiu, *ipsis litteris*[6]:

O juiz, no exercício de suas funções judicantes, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, deve fundamentar a não-aplicação do percentual de 2/3 de redução, sob pena de violação ao art. 93, IX, da CF/88, uma vez que é direito subjetivo do réu a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, desde que preenchidos os requisitos previstos no referido parágrafo.

Destarte, reverberada a imprescindibilidade da satisfação cumulativa de todos os quatro requisitos (agente primário, de bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa) para a concessão da causa especial de diminuição de pena, resta analisá-los individualmente.

Nesse seguimento, Renato Brasileiro de Lima leciona que a primariedade é definida com base na interpretação *a contrario sensu* da reincidência, prevista legalmente no artigo 63 do Código Penal, levando a concluir que primário “é o acusado que pratica determinado crime sem que tenha contra si, à época do fato delituoso, sentença condenatória transitada em julgado referente à prática de outro crime”^[7]. Não é excessivo lembrar, ainda, que, considerando o prazo depurador de cinco anos da reincidência, conforme preceitua o artigo 64, I, do Código Penal, “pode-se dizer que, expirado este prazo, mesmo aquele acusado que já fora condenado irrecorrivelmente pela prática de crime anterior deverá ser tratado como se fosse primário”^[8].

O mesmo raciocínio de exclusão utilizado para definir a primariedade serve para a conceituação de bons antecedentes. Portanto, será detentor de bons antecedentes o acusado que não tiver maus antecedentes^[9]. Deve-se ressaltar, nesse ínterim, o entendimento majoritário de que não podem ser considerados como “maus antecedentes” inquéritos instaurados e processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes, isso tudo sob pena de violação do princípio constitucional do estado de inocência^{[10]-[11]}. Dessa forma, são considerados maus antecedentes “apenas condenações criminais com trânsito em julgado que não mais geram reincidência, em virtude do lapso temporal de 5 (cinco) anos previsto no art. 64, inciso I, do CP”^[12].

Por sua vez, pelo critério da não dedicação a atividades criminosas, tem-se que “o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida”^[13]. Ressalte-se, por fim, que, conforme restou assentado no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC n. 253.732/RJ^[14], o afastamento da aplicação da referida minorante em decorrência do exercício do tráfico como atividade criminosa somente é admissível quando o órgão julgador se baseia em dados concretos que indiquem, de maneira inequívoca, tal situação, “sob pena de toda e qualquer ação descrita no núcleo do tipo ser considerada incompatível com a aplicação da causa especial de diminuição de pena”^[15].

A última condição cumulativa refere-se à não integração de organização criminosa, cujo conceito encontra-se previsto no artigo 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, a seguir transcrito[16]:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

É válido pontuar, por fim, que, em virtude de o artigo 33, §4º, não fazer qualquer ressalva quanto à natureza das infrações penais praticadas pela organização criminosa, a melhor interpretação é no sentido de que o simples fato de integrar organização criminosa serve de obstáculo à concessão da causa especial de diminuição de pena, “pouco importando se tal associação está voltada para a prática de crimes de tráfico de drogas ou de infrações penais de natureza diversa com pena máxima superior a 4 (quatro) anos ou de caráter transnacional”[17].

CONCLUSÃO

A causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, é um consectário lógico do princípio da isonomia, diferenciando-se o traficante comum daquele que é primário, de bons antecedentes e que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa.

É forçoso reconhecer que o entendimento doutrinário majoritário e a jurisprudência dos tribunais brasileiros compreendem que apenas quando estiverem presentes os requisitos cumulativos previstos no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (agente primário, bons antecedentes e sem envolvimento com atividade e organização

criminosas), é que o será possível reconhecer a existência de um direito subjetivo do acusado em ter a seu favor a concessão da causa de diminuição de pena.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 12.850 de 2 de agosto de 2013**. Dispõe sobre organização criminosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

STJ, QUINTA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC n. 115473/SP**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do julgamento: 04/12/2008, DJ: 02/02/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846064&num_registro=200802020222&data=20090202&formato=PDF>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

___, QUINTA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 253.732/RJ**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Data do julgamento: 06/12/2012. DJ: 01/02/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25884439&num_registro=201201899730&data=20130201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

___, SEXTA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 96825/SP**. Relator: Ministro. Paulo Gallotti. Data de julgamento: 01/04/2008. DJ: 29/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3805502&num_registro=200702992599&data=20080929&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

NOTAS:

[1] O presente trabalho constitui um recorte, com modificações pontuais, da monografia do autor, cuja íntegra pode ser acessada pelo repositório institucional da Universidade Federal da Bahia, através do seguinte link: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28246>.

[2] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 756.

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 327.

[4] GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 2013, p. 178.

[5] STJ, SEXTA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 96825/SP**. Relator: Ministro. Paulo Gallotti. Data de julgamento: 01/04/2008. DJ: 29/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3805502&num_registro=200702992599&data=20080929&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[6] STJ, QUINTA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC n. 115473/SP**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do julgamento: 04/12/2008, DJ: 02/02/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846064&num_registro=200802020222&data=20090202&formato=PDF>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[7] Op. cit, p. 757.

[8] Idem. Ibidem, p. 757.

[9] Idem. Ibidem, p. 757.

[10] Idem. Ibidem, p. 757.

[11] Oportuno se faz trazer à baila o entendimento constante do enunciado 444 da Súmula do STJ, a saber: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base".

[12] Idem. Ibidem, p. 757.

[13] Idem. Ibidem, p. 757.

[14] STJ, QUINTA TURMA. **HABEAS CORPUS: HC 253.732/RJ**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Data do julgamento: 06/12/2012. DJ: 01/02/2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25884439&num_registro=201201899730&data=20130201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[15] Idem. Ibidem, p. 758.

[16] BRASIL. **Lei n. 12.850 de 2 de agosto de 2013**. Dispõe sobre organização criminosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[17] Idem. Ibidem, p. 758.

A FIXAÇÃO DO CONCEITO DE INSUMO PARA FINS DE CREDITAMENTO DE PIS/COFINS

MATHEUS FALCÃO TORTI: Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

RESUMO: O presente artigo busca esclarecer os principais pontos da polêmica doutrinária e jurisprudencial entre contribuintes e a Fazenda, envolvendo os limites do conceito de insumo para fins de creditamento de PIS e COFINS. Ademais, é realizada uma análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.221.170-PR, que fixou critérios norteadores para o enquadramento de itens na definição de insumo e declarou a ilegalidade do entendimento anteriormente firmado pela Secretaria da Receita Federal, nas Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004, o qual restringia o conceito legal de insumo e resultava em uma redução da possibilidade de apuração de créditos.

Palavras-chave: Polêmica doutrinária e jurisprudencial; limites do conceito de insumo; creditamento de PIS e COFINS; Recurso Especial nº 1.221.170-PR.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito à apuração de créditos do PIS e da COFINS na legislação brasileira e a discussão doutrinária sobre os limites do conceito de insumo; 3. A definição do conceito de insumo pelo STJ e a ilegalidade das instruções normativas 247/2002 e 404/2002 da Receita Federal; 4. Conclusão; 5. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A fixação do conceito de insumo para fins de tomada de crédito de PIS e COFINS é polêmica tributária antiga que persiste até os dias atuais, principalmente pelo impacto fiscal bilionário que envolve a discussão entre contribuintes e a Fazenda.

No Brasil, a temática é regulamentada pelo inciso II, art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, as quais dispõem sobre a não-cumulatividade do PIS e da COFINS, respectivamente. Contudo, diante dos diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da amplitude do conceito do termo “insumo”, foi criada grande celeuma no mundo jurídico.

A fim de resolver a questão, o Superior Tribunal de Justiça publicou, em 24 de abril de 2018, acórdão pelo qual ficou definido que o conceito de insumo, que permite a tomada de créditos de PIS e COFINS, deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância. Ademais, a decisão da 1ª Seção da Corte declarou a ilegalidade do entendimento anteriormente firmado pela Secretaria da Receita Federal, nas Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004, o qual restringia o conceito legal de insumo, resultando em uma redução da possibilidade de apuração de créditos do PIS e da COFINS.

Não obstante a decisão do Superior Tribunal de Justiça, a Receita Federal publicou parecer visando uniformizar o seu entendimento e traçar os limites que devem ser observados na tomada de créditos de PIS e COFINS pelos contribuintes, além de sintetizar o conceito de insumo em relação a itens de diversos segmentos econômicos para vincular a atuação de seus agentes em casos práticos. Entretanto, o ato normativo fazendário reacendeu a discussão entre os tributaristas, tendo em vista que parte dos juristas entende que o novo entendimento da Fazenda voltaria a impor limitações de maior alcance do que a tese do STJ e a legislação trazem.

Nesse sentido, urge analisar a legislação e os detalhes do entendimento jurisprudencial, no intuito de tecer críticas e firmar posicionamento diante de um tema de grande relevância no âmbito econômico brasileiro.

2.O DIREITO À APURAÇÃO DE CRÉDITOS DO PIS E DA COFINS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE OS LIMITES DO CONCEITO DE INSUMO

No regime de não-cumulatividade do PIS e da COFINS há a possibilidade do contribuinte descontar créditos sobre determinados bens, insumos, custos e despesas, diante do valor inicialmente apurado. De acordo com o inciso II, art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, haveria a seguinte hipótese de creditamento:

Art. 3º - Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

[...] II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens

ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o [art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002](#), devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI.^[1]

O legislador brasileiro, portanto, definiu uma possibilidade de apuração de créditos sobre bens e serviços, utilizados como insumo na produção empresarial, deixando assim que a jurisprudência estabelecesse os limites do conceito do termo “insumo”. Desse modo, diante da indefinição legal acerca do conceito de insumo, foi gerada uma ampla discussão doutrinária e um enorme contencioso administrativo e judicial.

Na doutrina, um debate importante trata da diferenciação entre as bases de incidência dos tributos não cumulativos e a determinação de possibilidades diversas de creditamento de certos valores. Boa parte da doutrina defende, incluindo os juristas que advogam pela causa dos contribuintes, que o PIS e a COFINS incidem sobre a receita, enquanto que o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incidem sobre a operação envolvendo produtos industrializados ou mercadorias. Desse modo, as hipóteses de crédito nas contribuições deveria considerar tudo o que faz parte da formação da receita, tendo assim alcance maior que as possibilidades de crédito de IPI e ICMS as quais devem atingir os dispêndios com a formação do produto ou mercadoria, objetos da operação.^[2]

Ademais, insta salientar que um dos pilares dessa linha argumentativa consiste em apontar que o PIS e a COFINS não cumulativos incidem não só sobre a receita operacional, mas sobre a totalidade da receita, incluindo valores que não estariam ligados à atividade principal da pessoa jurídica. Contudo, a própria legislação exige certa vinculação entre o insumo gerador do crédito e a atividade econômica desempenhada pelo contribuinte, não sendo necessário que essa associação seja física, isto é, que o insumo seja integrado ao produto final.

3. A DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMO PELO STJ E A ILEGALIDADE DAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 e 404/2004 DA RECEITA FEDERAL

Em meio à discussão, a Secretaria da Receita Federal editou as Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004, adotando interpretação restritiva do conceito de insumo, nos seguintes termos:

Art. 8º Do valor apurado na forma do art. 7º, a pessoa jurídica pode descontar créditos, determinados mediante a aplicação da mesma alíquota, sobre os valores:

[...] b) de bens e serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, utilizados como insumos: b.1) na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda; ou b.2) na prestação de serviços;

[...] § 4º Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput, entende-se como insumos:

I - utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda:

a) a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;^[3]

As regras contidas no § 4º do art. 8º da IN 404/2004 e no § 5º do art. 66 da IN 247/2002^[4] sofreram fortes críticas da doutrina, tendo em mente que os atos normativos impunham restrição indevida às normas previstas nos incisos II, do artigo 3º das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003.

Desse modo, a fim de pacificar a matéria, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça declarou, em sede de recurso repetitivo, que o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, devendo assim ser apontada a imprescindibilidade ou a importância de determinado bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica. Nesse ínterim, o acórdão declarou a ilegalidade das Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004.

Do voto do Ministro relator Napoleão Nunes Maia é possível destacar passagens que apoiam a defesa de sua tese conceitual do termo “insumo”, como no exemplo a seguir:

[...] “Mais um exemplo igualmente trivial: se não se pode produzir um bolo doméstico sem os ovos, a farinha de trigo e o fermento, que são ingredientes – ou insumos – materiais e diretos, por que será que ocorrerá a alguém que conhece e compreende o processo de produção de um bolo afirmar que esse produto (o bolo) poderia ser elaborado sem o calor ou a energia do forno, do fogão à lenha ou a gás ou, quem sabe, de um forno elétrico? Seria possível produzir o bolo sem o insumo do calor do forno que o assa e o torna comestível e saboroso?

Certamente não, todos irão responder; então, por qual motivo os ovos, a farinha de trigo e o fermento, que são componentes diretos e físicos do bolo, considerados insumos, se separariam conceitualmente do calor do forno, já que sem esse calor o bolo não poderia ser assado e, portanto, não poderia ser consumido como bolo? Esse exemplo banal serve para indicar que tudo o que entra na confecção de um bem (no caso, o bolo) deve ser entendido como sendo insumo da sua produção, quando sem aquele componente o produto não existiria; o papel que envolve o bolo, no entanto, não tem a essencialidade dos demais componentes que entram na sua elaboração.”^[5]

O Ministro, ao longo de seu voto, se posiciona contra a interpretação restritiva da Fazenda e assume posição firme na discussão, diferenciando, conforme a posição defendida pelos contribuintes, a dinâmica de creditamento aplicada ao IPI e ao ICMS da sistemática atinente ao PIS/COFINS, *in verbis*:

O creditamento no IPI e no ICMS – digo isso apenas para recordar – vincula-se ao quantum recolhido nas operações anteriores porque os fatos geradores desses impostos são, respectivamente, a industrialização e a circulação comercial

de mercadorias ou alguns serviços. No caso do PIS/COFINS, o creditamento consiste em verdadeiro ou autêntico desconto, pois essas contribuições têm por fato gerador o próprio faturamento da empresa ou da entidade a ela equiparada; a distinção é formidavelmente gritante, como se percebe.

E essa é a pedra-de-toque para afastar a confusão que comumente havia entre o creditamento do IPI e o creditamento do PIS/COFINS. No primeiro caso, o tributo incide sobre o produto, então o crédito efetivamente decorre dos insumos; no segundo caso, vê-se que o tributo incide sobre o faturamento, então o crédito deve decorrer – e somente pode decorrer – das despesas, sendo essa conclusão de clareza ofuscante ou brilhante como a do sol nordestino.

Ocorre que a regulamentação levada a efeito pelo Poder Executivo – como é normal acontecer quando se confere ao credor o condão de arbitrar quanto o devedor lhe pagará – ainda se prende àquela antiga confusão entre o creditamento do IPI e o creditamento do PIS/COFINS, considerando o crédito destes a partir dos insumos (como no primeiro caso), e não das despesas.^[6]

A despeito da diferenciação entre as dinâmicas creditamento traçadas, os ministros defensores de uma interpretação intermediária expuseram que igualar o conceito de "insumos" ao de "Custos e Despesas Operacionais" utilizados na legislação do Imposto de Renda, seria um elástico exagerado do conceito. Nesse ponto, apesar das críticas traçadas pelo Napoleão Nunes Maia diante da subjetividade do que seria essencial e acidental, o Ministro entendeu razoável do uso do critério da essencialidade em conjunto com o crivo da relevância, para a definição de quais insumos seriam passíveis de desconto de PIS e COFINS.

Desse modo, diante da tese da orientação intermediária defendida em outros julgados pelos Ministros Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves, por meio da qual deveriam ser aplicáveis os critérios da essencialidade e pertinência, e da tese da orientação ampliada, defendida pelo Ministro Napoleão Nunes Maia, houve a criação da orientação sintética da Ministra Regina Helena Costa.

Através da análise do voto-vista proferido pelo Ministra, o qual expôs entendimento adotado pelo e relator e seguido pela maioria, é possível destacar a manutenção do critério da essencialidade, proposto na tese interpretativa intermediária, no entanto houve a modificação do critério da pertinência pelo critério da relevância, este último mais abrangente que o primeiro. De acordo com o entendimento firmado pelo STJ, insumo relevante seria aquele que, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva seja por imposição legal. Vale ressaltar, neste ponto, que o conceito firmado pelo STJ condiz com o entendimento do CARF.

Alguns meses após o julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170-PR, em 18 de dezembro de 2019, a Receita Federal publicou o Parecer Cosit nº 05 que trata sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça. Através do ato normativo editado pela Fazenda houve, em hipóteses específicas, a restrição do conceito de insumo para além do que foi definido pelo STJ.

A título de exemplo, o Parecer, em um dos enunciados da conclusão, dispõe o seguinte sobre a possibilidade da fase de pesquisa gerar insumos:

d) somente haverá insumos se o processo no qual estão inseridos os itens elegíveis efetivamente resultar em um bem destinado à venda ou em um serviço prestado a terceiros (esforço bem-sucedido), excluindo-se do conceito itens utilizados em atividades que não gerem tais resultados, como em pesquisas, projetos abandonados, projetos infrutíferos, produtos acabados e furtados ou sinistrados, etc.;

Desse modo, segundo a Receita Federal, a fase de pesquisa não poderia gerar insumos, somente a de desenvolvimento, pois a última teria relação com o processo de produção, configurando assim uma clara ocasião em que houve uma distinção não realizada pelo STJ. Nesse sentido, o parecer publicado, de maneira indevida, associa a aplicação dos critérios de essencialidade e relevância na formação do conceito de insumos apenas aos itens não ligados diretamente ao processo produtivo, restando evidente o ativismo fazendário frente ao entendimento jurisprudencial firmado.

4. CONCLUSÃO

Diante do grande debate doutrinário acerca da matéria e da insegurança jurídica gerada, a pacificação de entendimento sobre os limites do conceito de insumo e a declaração de ilegalidade das Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004 da Receita Federal, definiram assunto que envolvia bilhões de reais em arrecadação de tributos.

Na fixação do conceito de insumo, para fins de creditamento de PIS e COFINS, o STJ adotou uma teoria que mescla as interpretações intermediária e extensiva. Nesse sentir, é importante salientar que a decisão deixou firmado critério a ser utilizado caso a caso pelos julgadores na análise dos itens que serão ou não enquadrados no conceito.

Ademais, a interpretação restritiva defendida pela Fazenda foi rechaçada, restando cristalino na decisão proferida no REsp nº 1.221.170-PR que a dinâmica de creditamento do PIS e da COFINS difere daquela aplicada ao IPI e ICMS.

A discussão entre fisco e contribuintes, entretanto, parece ainda persistir, tendo em vista a edição do Parecer normativo Cosit nº 05, pelo qual a Receita Federal, novamente, tenta restringir o conceito de insumo, mesmo ciente que o próprio STJ não o fez na decisão paradigmática.

Nesse sentido, as futuras decisões sobre o assunto passam a ter como baliza os critérios da essencialidade e relevância, os quais devem ser utilizados no exame do caso concreto pelos julgadores para fins de enquadramento ou não de itens no conceito de insumo.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Nº 10.637/2002, de 30 de dezembro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10637.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

GRECO, Marco Aurélio. **Não cumulatividade no PIS e na Cofins.** In: PAULSEN, L. O. (Coord.). Não cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins. São Paulo: IOB Thomson; Porto Alegre: I. E. T., 2004.

RFB - Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº 404,** de 12 de março de 2004. Dispõe sobre a incidência não-cumulativa

da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social na forma estabelecida pela Lei nº 10.833, de 2003, e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 15 de março de 2004. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15304>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

RFB - Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº 247**, de 21 de novembro de 2002. Dispõe sobre a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado em geral. Publicado no Diário Oficial da União de 26 de novembro de 2002. Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15123>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1.221.170 - PR 2010/0209115-0. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 24/04/2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201221170>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

RFB - Receita Federal do Brasil. **Parecer Normativo Cosit nº 05**, de 17 de dezembro de 2018. Apresenta as principais repercussões no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil decorrentes da definição do conceito de insumos na legislação da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins estabelecida pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.221.170/PR. Publicado no Diário Oficial da União de 18 de dezembro de 2018. Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=97407&visao=anotado>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Lei Nº 10.637/2002, de 30 de dezembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10637.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

[2] GRECO, Marco Aurélio. **Não cumulatividade no PIS e na Cofins**. In: PAULSEN, L. O. (Coord.). Não cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins. São Paulo: IOB Thomson; Porto Alegre: I. E. T., 2004. P. 101.

[3] RFB - Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº 404**, de 12 de março de 2004. Dispõe sobre a incidência não-cumulativa da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social na forma estabelecida pela Lei nº 10.833, de 2003, e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 15 de março de 2004. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15304>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

[4] RFB - Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº 247**, de 21 de novembro de 2002. Dispõe sobre a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado em geral. Publicado no Diário Oficial da União de 26 de novembro de 2002. Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15123>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

[5] STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1.221.170 - PR 2010/0209115-0. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 24/04/2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201221170>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

[6] Ibidem.

[7] RFB - Receita Federal do Brasil. **Parecer Normativo Cosit nº 05**, de 17 de dezembro de 2018. Apresenta as principais repercussões no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil decorrentes da definição do conceito de insumos na legislação da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins estabelecida pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.221.170/PR. Publicado no Diário Oficial da União de 18 de dezembro de 2018. Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=97407&visao=anotado>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E A TRAJETÓRIA DA SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL: UMA OBSERVAÇÃO DAS EXPERIÊNCIAS NACIONAIS

ANDREZZA NOBRE DE CARVALHO:

Acadêmica do 10º período de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS^{III}

RESUMO: Neste artigo, busca-se apresentar os caminhos e os desafios para implementação da Justiça Restaurativa no Brasil, a partir de observações das experiências nacionais existentes e os incentivos para sua inserção no cenário judicial. Devido ao crescente número positivo de resultados alcançados na prática restaurativa o Conselho Econômico e Social da ONU, em 2012, editou a Resolução nº 2002/12, que foi a grande responsável por difundir a justiça restaurativa para o resto do mundo tornando-se um marco para essa prática. Em nível nacional, a edição da resolução 225 do CNJ ratificou a importância das práticas restaurativas, inclusive tornando esta uma política judiciária nacional. Apesar de no Brasil essa resolução não ter força de lei e sim de orientação, foi o meio que incentivou o judiciário brasileiro a implantar tais práticas. Para o desenvolvimento deste artigo utiliza-se a metodologia de análise dedutiva, a partir de diretrizes e conceitos que regem a Justiça Restaurativa.

Palavras chave: Experiências Nacionais; Implementação no Brasil; Justiça Restaurativa; Política Judiciária.

ABSTRACT: This article aims to present the paths and challenges for the implementation of the Restorative Justice in Brazil, based on the existing national experiences and the incentives for their insertion in the judicial scenario through the edition of the CNJ Resolution 225/16, which creates the national judicial policy of restorative practices. Due to the increasing positive numbers of results achieved in restorative practice, the UN Economic and Social of the ONU in 2012 issued Resolution nº. 2002/12, which was responsible for disseminating restorative justice to the rest of the world, becoming a framework for this practice. At the national level, the CNJ resolution 225 resolution ratified the importance of restorative practices, including making it a national judicial policy. Although in Brazil this resolution did not have the force of law, it was the means that encouraged the Brazilian judiciary to implement such practices. For the development of this article

the methodology of deductive analysis is used, based on guidelines and concepts that govern Restorative Justice.

Keywords: National experiences; implementation in Brazil; Restorative Justice; Judicial policy.

INTRODUÇÃO

Para o estudo e compreensão de determinado assunto é necessária uma noção preliminar sobre o tema. Justiça Restaurativa é um meio de justiça flexível utilizado para resolução de danos causados principalmente a vítima de algum ato criminoso.

A Justiça Restaurativa atualmente é apresentada como uma filosofia de tratamento dos conflitos, baseadas em princípios próprios, mas com modelos distintos de atuação, destacando o modelo vítima ofensor^[2] (Howard Zehr) e o modelo de Processo Circulares de Construção de paz^[3] (KayPranis). Contudo, neste artigo focaremos no modelo tradicional sustentado pelo Howard Zehr.

Na justiça restaurativa, diferente da justiça comum, os sujeitos diretos são a vítima e o ofensor e não fazem parte do processo a acusação, defesa e o julgador. O processo é feito através de círculo restaurativo, conduzida pela pessoa do facilitador, devidamente treinada e capacitada para este momento, onde se busca compreender as reais necessidades das vítimas e que permite os ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento assumindo a responsabilidade pela tal de forma efetiva. Visa à reparação do dano psicológico da vítima, de acordo com suas necessidades e não o dever punitivo do Estado diante de algum ato infracional.

Como se percebe, a Justiça Restaurativa rompe com a proposta do modelo punitivo vigente, que é lastreada na ideia de imposição de uma pena, que, em seu sentido último, significa a infligência de dor e sofrimento a quem o sistema considera culpado, por meio de procedimentos regrados pelo Estado.

Sabe-se que o Brasil é um país punitivista por natureza e que ainda causa muita estranheza quando comentamos sobre a finalidade e intenção da Justiça Restaurativa. A primeira reação e julgamento é a de o infrator sairá impune e a mais comum é a de repúdio e não aceitação.

Por ser um meio de resolução ainda pouco utilizado, apesar de ter base legal e resultados positivos, é comum que surjam a algumas dificuldades na sua implantação. Com o intuito de analisar a trajetória de implantação da Justiça

restaurativa, a proposta do presente artigo é verificar nos institutos jurídicos já existentes o processo de introdução e seus desafios até a implementação da Justiça Restaurativa.

Para o desenvolvimento deste artigo utiliza-se a metodologia de análise dedutiva, a partir de diretrizes e conceitos que regem a Justiça Restaurativa. Trata-se de pesquisa teórica e analítica baseada em bibliografia nacional, além de normativas administrativas da ONU, CNJ e Tribunais. De forma mais específica, destaca-se como fonte principal a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, resolução 225 de 31 de maio de 2016 do CNJ além de livros, pesquisas e artigos já publicados sobre o tema.

2 DA NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL À IMPLANTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Não é recente o processo de aceitação da Justiça Restaurativa em nível mundial, sempre marcado por experiências, momentos e locais esparsos, sendo mais recente, porém o seu processo de normatização e institucionalização, normalmente agregada como forma de apoio a algumas práticas judiciais. Levantar essas questões é o objetivo deste capítulo que se incumbe em demonstrar o surgimento das normas orientadoras das práticas restaurativas.

Devido às fortes influências de antigos hábitos de pequenas comunidades em resolver conflitos, estudiosos afirmam que a justiça restaurativa teve início em meados da década de 70, sob a forte influência de diálogos pacificadores e construtores de consensos originários de culturas africanas e das primeiras nações do Canadá e da Nova Zelândia, sendo posteriormente instrumentos complementares ao processo judicial nos Estados Unidos e na Europa (ZEHR, 2015).

Nessas comunidades, das quais se tem informação que nasceu as práticas restaurativas, o objetivo dos envolvidos era atingir harmonização das relações, reconciliação, permitindo para todos os envolvidos uma convivência harmônica, sem precisar excluir e punir o infrator (ZEHR, 2015).

Após resultados positivos de tais práticas, a Nova Zelândia no final da década de 70 e início da década de 80 iniciou o movimento para internacional de reconhecimento e desenvolvimento de tais práticas. No ano de 1976 foi criado o Centro de Justiça Restaurativa Comunitária de Victoria (Canadá), no mesmo período na Europa verifica-se mediação de conflitos sobre propriedade (SICA, 2007).

Em 1989, a Nova Zelândia promulgou a *Children, Young Persons and Their Families Act*, (Lei sobre Crianças, Jovens e suas Famílias) norma que instituiu o mecanismo das conferências de grupo familiar e outras e foi a forma que a justiça

restaurativa foi positivada e que deu notoriedade a metodologia no cenário internacional, passando a ser implantadas também ao sistema da justiça criminal tradicional do país. (LARA, 2013)

Após a notoriedade e eficácia dos programas de Justiça Restaurativa na Nova Zelândia, nos anos 90 outros países como Austrália, Canadá, Estados Unidos, África do sul dentre outros países começaram a adotar as práticas (PIEIDADE; KOPS, 2014).

Em 1990, foi publicada a obra de grande marco sobre Justiça Restaurativa: *Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre Crime e Justiça*, de Howard Zehr, foi um marco para a afirmação do novo modelo de justiça que se ora apresentava, que coloca as necessidades da vítima no ponto de partida do processo (LARA, 2013). Das ideias de Zehr (2008), extrai-se que a responsabilidade pelo ato lesivo e a obrigação de corrigi-lo devem ser assumidas pelo ofensor, que assim deixaria de ser um criminoso estigmatizado para se tornar protagonista de um processo restaurativo de participação comunitária, que vise a reparação dos danos, restauração de relacionamentos, a reorganização dos envolvidos e o fortalecimento da própria comunidade.

Diante tanto crescimento, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal, por meio da Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa. Quase um ano mais tarde, na resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais” (LARA, 2013).

Após este percurso e o crescente e significativo aumento de iniciativas com justiça restaurativa em todo o mundo, o Conselho Econômico e Social da ONU editou a Resolução nº 2002/12, na qual ficaram definidos os princípios e as diretrizes básicas para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, norma esta que influenciou vários países a adotarem a metodologia restaurativa ou aprimorarem os seus programas, inclusive o Brasil.

Inserido nas disposições da resolução do Conselho Econômico e Social da ONU, encontra-se o chamado aos “Estados Membros que tenham adotado práticas de justiça restaurativa para que difundam informações sobre tais práticas e as disponibilizem aos outros Estados que o requeiram” (ONU, 2002, *online*).

Além de outras previsões, a resolução também manifesta a necessidade intercâmbio de experiências, e o apoio mútuo no desenvolvimento e

implementação de pesquisa e capacitação na matéria. A resolução 2002/12 trouxe definição mais precisa a dois conceitos fundamentais ao novo paradigma de justiça que se firmava, a saber, os conceitos de processo restaurativo e o de resultado restaurativo (itens 2 e 3). Veja-se:

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador.

3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo

restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor(ONU, 2002).

A influência da resolução 2002/12 foi tão forte que gerou reflexos no novo constitucionalismo latino americano. Na Colômbia, em 2002, a Justiça Restaurativa alcançou status constitucional, sendo inscrita no art. 250 da Constituição desse país 7, além de constar também na legislação ordinária (artigo 518 e seguintes, do novo Código de Processo Penal).

Após demonstrar a significativa contribuição da resolução 2002/12 do Conselho Econômico Social da ONU que hipotecou credibilidade às práticas restaurativas e permitiu a expansão dessas práticas em nível mundial, no próximo capítulo, verificaremos as experiências brasileiras e seus desafios.

3.AS PRINCIPAIS EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE UTILIZAÇÃO DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

A falta de norma regulamentadora á prática de Justiça restaurativa não foi causa de impedimento para criação de alguns projetos- piloto em alguns estados brasileiros que de forma desbravadora inauguram um tempo nova para a construção da cultura de paz.

O impulso da implementação da Justiça restaurativa no Brasil se deu no início de 2005, onde foi disponibilizado um apoio financeiro do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD, com o intuito de custear o início de três projetos pilotos sobre justiça restaurativa, a saber, o de Brasília, no Juizado Especial Criminal, o de Porto Alegre-RS, denominado Justiça do Século XXI, voltado para a

justiça da infância e juventude, e o de São Caetano do Sul-SP, também para a justiça da infância e juventude (LARA, 2009).

Em 2005, foi a publicação do livro *Justiça Restaurativa 2005*, escrito por vinte e um especialistas na área de JR composto por 19 textos escritos por juízes, juristas, sociólogos, criminólogos e psicólogos. Um marco da parceria PNUD-Ministério da Justiça, uma compilação de dezenove textos de vinte e um especialistas na área, entre juízes, juristas, sociólogos, criminólogos e psicólogos de oito países (Nova Zelândia, Austrália, Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Noruega e Argentina, além do Brasil). Esta obra ajudou a difundir as ideias do paradigma restaurativo aos estudiosos do Direito e demais ciências sociais de todo o país.

A implementação oficial da Justiça Restaurativa no Brasil aconteceu a partir de 2005, através do projeto "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro", iniciativa da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça em colaboração com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Foram criados três projetos-piloto em Porto Alegre (RS), Brasília (DF) e em São Caetano do Sul (SP), mas em foi em Porto Alegre que a Justiça Restaurativa tomou forma e foi chamada de Projeto Justiça para o Século 21, um articulado de ações interinstitucionais liderados pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS) com o objetivo de difundir a Justiça Restaurativa na pacificação de conflitos e violências envolvendo crianças, adolescentes e seu entorno familiar e comunitário (2011).

Após a implementação do tal projeto nas cidades de Porto Alegre (RS), Brasília (DF) e em São Caetano do Sul (SP), a justiça restaurativa passou pela pesquisa do Instituto Latino – Americano das Nações Unidas para a prevenção do Delito e tratamento de Delinquentes – ILANUD. Esse projeto de avaliação e sistematização dos modelos brasileiro de justiça restaurativa surgiu após convênio celebrado entre ILANUD e o Ministério da Justiça, por meio do Departamento Penitenciário e Nacional - Depen/MJ (SANTOS, 2019, p. 43).

Para realizar a avaliação desse relatório que serviu de orientação para os demais projetos brasileiros já existentes como o da Bahia e Maranhão foram usadas duas diretrizes expressas no relatório de título "Sistematização e avaliação de experiências de Justiça Restaurativa". São elas:

- Um programa de Justiça Restaurativa deve ter como meta institucional o aperfeiçoamento da administração da justiça, constatado pelo grau de satisfação das partes e de mudança na percepção dos

operadores do direito, o que pode contribuir para a mudança na percepção da sociedade sobre a justiça;

- Um programa de Justiça Restaurativa deve ter como meta político-criminal a redução do controle penal formal. De modo a evitar que o eventual controle informal seja mais perverso que o próprio controle formal (ILANUD, 2012, *online*).

Segundo os autores do relatório a avaliação dos programas de Justiça Restaurativa implementados em Porto Alegre, São Caetano e Brasília tem tais diretrizes como preocupações latentes. (ILANUD, 2012, *online*)

Apoiada nas diretrizes apresentadas, a estrutura da pesquisa se deu em torno de quatro perguntas principais como: Qual a concepção de Justiça Restaurativa adotada? O que se pretende? buscou-se saber os objetivos do programa, o papel do facilitador a definitividade e acompanhamento do acordo; Quem participa? Foi analisado o papel da comunidade no ciclo restaurativo, o respeito a voluntariedade, confidencialidade e a possibilidade de assistência jurídica e por fim o quarto ponto questionador foi Como é feita a gestão? Foi analisado a presença de auto –avaliação a frequência da capacitação e a adequação do vínculo da equipe (ILANUD, 2012, *online*).

De acordo com Mariana Raupp e Juliana Benedetti (2007, p.25.), esse relatório serviu principalmente para identificar as boas práticas e eventuais pontos de estrangulamento, para se oferecerem, assim, subsídios para o aprimoramento dessas iniciativas.

Por outro lado, Alexandre de Moraes (2008, p. 44) “assevera que, embora o Ilanud seja uma referência mundial sobre o assunto e tenha construído uma pesquisa e um relatório consistentes, que apresentavam as fortalezas e as fragilidades dos projetos de práticas restaurativas não foi muito bem recebido.

Nos dias 28 a 30 de abril de 2005 foi realizado o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa na cidade de Araçatuba, estado de São Paulo, que gerou a Carta de Araçatuba, que trazia os princípios da justiça restaurativa e atitudes iniciais para implementação em solo nacional. Para Guilherme Santos (2019, p. 84):

A carta de Brasília, por fim, nada mais é do que um concatenado esmerado dos princípios, valores e recomendações estabelecidos pela Resolução nº. 2002/2012 da ONU, que até hoje serve de referência para os programas restaurativos brasileiros e deverão ser sempre observados. Esses documentos motivaram a elaboração e a aprovação da

Resolução nº225/2016 do Conselho Nacional de Justiça que atende ao chamado da ONU a cumprir o seu papel institucional de orientar a difusão e implantação da Justiça Restaurativa nos Estados-membro, estabelecendo sua base própria.

Já para (MEIADO, 2012):

[...] os princípios por ela apresentados são compatíveis com os que norteiam as práticas de Justiça Restaurativa em todo o mundo [...] A carta é um marco para a aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil. Entretanto, onze anos após a sua assinatura, o desenvolvimento dos métodos restaurativos no Brasil é lento, sendo ainda pouco conhecido pela população. Além do mais, a carta é apenas uma recomendação, não caracterizando uma obrigação legal a ser seguida.

Ainda em 2005, aconteceu nos dias 14 a 17 de junho de 2005, a conferência Internacional "Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos", realizada na cidade de Brasília oportunidade em que o conteúdo da Carta de Araçatuba foi ratificado pela Carta de Brasília, orientando sobre os princípios e a necessidade de novos métodos de utilização da justiça no Brasil. Da mesma forma, a Carta do Recife, elaborada no II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado na capital do Estado de Pernambuco - Brasil, nos dias 10 a 12 de abril de 2006, ratificou as estratégias adotadas pelas iniciativas de Justiça Restaurativa em curso, bem como sua consolidação.

Existem, no País, várias aplicações da Justiça Restaurativa, a exemplo:

3.1 Santa Catarina (Projeto Mediação, 2003);

Seu início foi em 2003, com o "Projeto Mediação", voltada para adolescentes autores de ato infracional. O criador do projeto foi o Juiz titular da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville, Alexandre Morais da Rosa e sua institucionalização foi concretizada por meio da portaria nº 05/2003 com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (SANTOS, 2019.) .

3.2 Minas Gerais

No estado de Minas Gerais, foram desenvolvidos dois projetos piloto importante para a implantação da Justiça restaurativa são eles:

3.2.1 Belo Horizonte-MG

Com O Projeto Mediar que segundo MELO e PRUDENTE, 2014:

O Projeto Mediar aplica a mediação de conflitos com base no policiamento orientado para solução de problemas, utilizando de alguns dos princípios de polícia comunitária e os fundamentos de Justiça Restaurativa, conforme encontram-se estabelecidos na Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. [...] É aplicado em pequenos conflitos, mormente, familiares e de vizinhança, mesmo que não se trate de uma infração penal. A finalidade é evitar o agravamento desses conflitos, e principalmente, que estes se transformem em graves delitos ou grandes tragédias sociais. Aplica-se também, em se tratando de infrações penais de menor potencial ofensivo, nos casos previstos na lei nº [9.099/95](#), que instituiu os Juizados Especiais Criminais.

Ainda segundo MELO e PRUDENTE, 2014, no primeiro trimestre de 2008 foram apresentados ao Núcleo de Mediação 45 casos. Destes, 6 casos (10%) ainda estavam em andamento; em 32 casos (79%) as partes chegaram a um acordo de mediação; e em 7 casos (11%) não logrou êxito a prática de mediação.

3.2.2 Projeto de justiça restaurativa em Belo Horizonte

Esse outro projeto, foi promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado e implantado no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte (Santos, 2019 p. 117).

Segundo SANTOS, 2019:

O "Projeto de Justiça Restaurativa" apresenta como objetivo a busca pela restauração das relações rompidas ou desgastadas pelo delito, por meio de intervenções mais eficazes, como colaboração da comunidade, na construção de propostas de resolução humana e pacífica. INICIATIVAS INOVADORAS, como "o desenvolvimento dos Projetos Temáticos, via grupos reflexivos, como forma de cumprimento de penas e medidas alternativas afetas ao crime de violência doméstica contra a mulher, uso de drogas ilícitas, crimes de trânsito e crimes ambientais".

Em 2015, A Secretaria de Estado de Defesa Social (Seds), em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e a Coordenação Geral de

Alternativas Penais do Ministério da Justiça apresentaram em abril de 2015 um balanço do projeto piloto de Justiça Restaurativa em Belo Horizonte, ocorrido no período de (2014-2015) A finalidade da iniciativa segundo Flávia Lima (2014), foi fortalecer a adoção de alternativas penais no Estado e foram apresentados.

Segundo (LARA e LARA, 2015) auferiu-se que 71% dos casos monitorados relatou-se mudanças positivas provindas das práticas restaurativas. Curiosamente, em uma porcentagem ainda maior – 87% – as partes declaram estarem satisfeitas com o resultado do processo restaurativo.

3.3 Santana – SP (Projeto Experimental Cantaneira de Mediação Penal Interdisciplinar, 2005)

Segundo o relatório do prêmio Innovare de 2009, O promotor de Justiça Criminal Airton Buzzo Alves relata que:

Os primeiros passos dos Promotores de Justiça Criminal de Santana para implantação do Projeto de Mediação Penal foram adotados a partir da edição do Provimento n.º 893, de 09.11.2004, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, que autorizou a criação e instalação do Setor de Mediação nas Comarcas de Foros Paulistas. Criou-se, inicialmente, uma parceria com integrantes do Instituto Famíliae, através da qual instalou-se o Projeto Cantaneira de Mediação Penal Interdisciplinar, utilizando os recursos humanos da referida entidade, bem como mediadores voluntários e funcionários da mencionada Promotoria de Justiça, com a primeira sessão de mediação realizada em junho de 2005.

Airton Buzzo Alves, relata que os dados estatísticos^[4] que apontam o sucesso da mediação penal no Projeto Cantaneira, ao revelar que os casos encerrados com êxito em mediação foram da ordem de 64%, 67% e 68%, respectivamente nos anos de 2010, 2011 e 2012.

3.4 São Caetano do Sul-SP (Justiça, Educação e Comunidade: Parcerias para a Cidadania, 2005)

Implantado junto a 1ª Vara da Infância e da Juventude (Juiz Eduardo Rezende Melo), concretizou -se por meio de parceria entre o sistema de Justiça e o Sistema de Educação do Estado de São Paulo firmada em 2004(MELO, 2006).

Essa parceria foi objetivada em três pilares sendo eles: Educação, justiça e prevenção da violência (SANTOS, 2019).

Com a criação do Centro de Estudos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura do estado, que tinha por objetivo avaliar a viabilidade de introdução das Práticas Restaurativas na capital, o projeto de São Caetano do Sul, foi a porta de entrada para a execução de outros projetos implementados no estado de São Paulo. (SANTOS, 2019).

3.5 Heliópolis e Guarulhos-SP (Projeto Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: Parceria para a Cidadania, 2006)

Em Guarulhos, a atuação esteve focada nos casos de apuração de ato infracional e na execução de medidas socioeducativas relativos ao Direito da Criança e Adolescente, além dos casos de natureza cível de competência civil de competência cumulativa da vara da Infância e Juventude (SANTOS, 2019).

Já em Heliópolis, (REZENDE, 2017), considerou a proximidade desta localidade com a Comarca de São Caetano do Sul/SP (cujo projeto de Justiça Restaurativa encontra-se implementado desde 2005), possibilitando uma articulação conjunta das duas Redes de Apoio.

Assim, em abril de 2006 ocorreu a implantação de práticas restaurativas em 10 (dez) escolas públicas de ensino médio na região de Heliópolis. O Projeto foi coordenado pelo Dr. Egberto de Almeida Penido, Juiz de Direito designado especialmente para sua implementação na capital (REZENDE, 2017).

3.6 Brasília-DF (Projeto no Juizado Especial Criminal do Núcleo de Bandeirante, 2005)

O projeto piloto do Distrito Federal foi um dos pioneiros na prática de execução da justiça restaurativa, diferente dos outros projetos, neste aqui o as práticas restaurativas foram voltadas para adultos tendo início no ano de 2005 nos Juizados Especiais de Competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirante. Ele foi aplicado no âmbito de processos criminais relativos a infrações de menor potencial ofensivo, em que são cabíveis a composição cível e a transação penal (SANTOS, 2019).

Em 2006, o “Programa Justiça Restaurativa” do Distrito Federal foi institucionalizado pela portaria Conjunta nº52 da Presidência, Vice-presidência e Corregedoria do TJDF e recebeu apoio financeiro externo, advindo do PNUD e MJ/SRJ, com a condição de que esse apoio fosse revertido para a promoção das práticas restaurativas (SANTOS, 2019).

Com sua forma de aplicação foi diferente, o programa do TJDF apresenta-se como inovador de gestão e institucionalização para as práticas de Justiça Restaurativa.

3.7 Projeto de Porto Alegre-RS, (Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro, 2005)

Projeto pioneiro também nas práticas restaurativas, as primeiras experiências no Rio Grande do Sul, foram implantadas com o objetivo de atuar na execução de medidas socioeducativas. O projeto teve apoio da Escola Superior de Magistratura e da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - Ajuris (SANTOS, 2019).

Recebendo a Menção Honrosa no Prêmio Innovare (Edição 2007), o projeto-piloto de Porto Alegre foi denominado projeto Justiça para o Século XXI, sendo a ação de Justiça Restaurativa mais consolidada do Brasil. É articulado por meio da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS, objetivando contribuir com as demais Políticas Públicas de pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes em Porto Alegre (LARA, 2013).

Conforme Guilherme Augusto Martins Santos:

Após sua criação, em outubro de 2014, o “programa Justiça Restaurativa para o século 21” já implantou 12 unidades de referência de Justiça Restaurativa – UNIR -, no ano de 2015. Essas unidades estão credenciadas a aplicar os métodos restaurativos em alguma das áreas de: violência doméstica, infância e juventude, execuções criminais, penas e medidas alternativas, juizados especiais criminais e Cejusc. (SANTOS, 2019 p. 109).

A resolução n.º 8.22/2010 – do Conselho da Magistratura (Comag TJ/RS), institucionalizou as práticas restaurativas no estado, criou a Central de Práticas Restaurativas – CPR, junto ao Juizado Regional da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, e definiu diretrizes para acompanhamento e execução de tais práticas.

Em outubro de 2014, é criado como forma de expansão do projeto inicial, no estado do Rio Grande do Sul o “Programa Justiça Restaurativa para o Século 21”, cujo propósito foi difundir, implantar, aprimorar e consolidar a Justiça Restaurativa no Primeiro Grau da Justiça Estadual, bem como ampliar a utilização de práticas restaurativas nos ramos especial como A Infância e juventude, Violência Doméstica e familiar contra a mulher, Execução Penal, Direito de Família e Direito Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2014, P.1).

Para SANTOS 2019, esse programa, transcendeu a atuação inicial e primária, das práticas restaurativas no Brasil, que a muito tempo se dedicou, majoritariamente, ao campo penal e infracional.

3.8 Maranhão

O projeto de Justiça Restaurativa do Maranhão nasceu na cidade de São José de Ribamar. As ações restaurativas ocorrem tanto no âmbito do Poder Judiciário, na 2ª Vara da Comarca de São José em casos de conflito juvenil (ato infracional), quanto fora dele, no Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa e nas escolas (LARA, 2013).

Em 2017, foi inaugurado no estado pelo então governador da época Flávio Dino, o Centro Integrado de Justiça Juvenil (CIJJUV), que abriga os órgãos do Núcleo de Atendimento Inicial (NAI) da Funac; a Delegacia do Adolescente Infrator (DAI) da Secretaria de Segurança Pública do Estado; as Promotorias Especializadas da Infância e Juventude do Ministério Público; o Núcleo da Justiça Restaurativa e a 2ª Vara da Infância e Juventude do Poder Judiciário; e o Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Estado (SÃO LUIS, 2017).

Em 2018, houve a implantação do Núcleo de Justiça Restaurativa no CIJJUV, que visa a resolução de conflitos por meio da cultura de paz, o núcleo contabiliza 22 processos mediados por equipe multiprofissional, que realiza ações como círculos de resolução de conflitos, círculo de diálogo, reunião restaurativa, visitas domiciliares e palestras (SÃO LUIS, 2018).

Tais medidas no Maranhão, interferem positivamente para a difusão expansão e implementação dos projetos restaurativos.

3.9 Bahia

A aplicação da Justiça Restaurativa na Bahia, foi institucionalizada com a Resolução nº. 8 de 2010 (NUPEMEC, 2011), do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, onde foi criado o Núcleo de Justiça Restaurativa. A prática tem ocorrido em algumas comarcas baianas, em especial na região do Largo do Tanque, centro de Salvador/BA, por meio da atuação do (NIC) Núcleo Integrado da Conciliação (CNJ, 2015).

Em 2015, foi registrado outro avanço onde, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA) anunciou, a criação do primeiro núcleo de Justiça Restaurativa de Segundo Grau, uma abordagem criminal mais responsabilizadora e reparadora que pode ser utilizada em qualquer etapa do processo (CNJ, 2015).

O propósito consta da Portaria n. 16/2015, do ministro Ricardo Lewandowski, que estabelece as doze diretrizes que devem influenciar a elaboração do planejamento estratégico do órgão e a formulação de novas metas nacionais para cumprimento da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020.

3.10 Tocantins

As primeiras ações do projeto elaborado para implementação da Justiça restaurativa no estado foram na cidade de Araguaína, por iniciativa dos juízes da 2ª Vara Criminal de Execuções Penais e do Juizado da Infância e Juventude da comarca (TOCANTINS, 2016).

Embasado, assim como na Bahia, na Resolução nº125/10 do CNJ, a Implementação da justiça restaurativa no Tocantins, teve seus primeiros indícios e possibilidades no início em 2014, através do Workshop para elaboração do Planejamento Estratégico 2015-2020 do CNJ, sendo apresentado um primeiro projeto de implantação da justiça restaurativa no estado do Tocantins, chamado "Agentes da Paz". O projeto em tela foi aprovado, como iniciativa a ser desenvolvida pelo poder judiciário.

Em dezembro de 2014 foi aprovada a Resolução nº 25, que prevê as iniciativas para adoção de soluções alternativas para resolução de conflitos (**Resolução 25, TJTO 2014**).

Após a aprovação da resolução, foi discutido o projeto Agentes da Paz criado pela Juíza Juliane Freire Marques, que visa a solução de conflitos no âmbito escolar e sistema de justiça, através de práticas restaurativas, realizando acordos pré processuais, evitando maiores conflitos e assim buscando promover a cultura de paz (PINHEIRO, 2017).

Todas essas experiências nacionais demonstram as diferentes formas de implantação das práticas restaurativas, cada projeto com sua singularidade, quer seja no objetivo do projeto ou na sua forma de atuação. No próximo capítulo destacaremos a aproximação da justiça restaurativa com as práticas judiciais bem como verificaremos as possibilidades e viabilidades na legislação brasileira.

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS POSSIBILIDADES LEGAIS DE INSERÇÃO NAS ROTINAS JUDICIÁRIAS BRASILEIRA

O Estado Brasileiro exerce a sua pretensão punitiva de acordo com o Princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade, onde no primeiro se a conduta do infrator preencher os elementos que constituem o crime o Ministério Público estará obrigado a oferecer denúncia, e em complemento ao primeiro princípio, após o oferecimento da denúncia o Ministério Público não poderá desistir da ação.

Devido ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública, a primeira vista, não haveria no Brasil abertura para medidas conciliatórias ou alternativas. No âmbito criminal, não há previsão específica de nenhuma lei sobre as práticas restaurativas.

Para Meiado (2017, p. 54):

Essa não padronização abre espaço para questionamentos e apontamentos diversos, pois apesar da ideia de o processo restaurativo ser menos burocrático e informal, não se pode prescindir de orientações e diretrizes para execução de seus procedimentos. Isso faz com que a Justiça Restaurativa demore a entrar em ação no sistema judiciário brasileiro, pois o Brasil é um Estado burocrático, e antes que ela comece a valer como uma sanção alternativa, serão necessárias orientações para que o seu procedimento seja uniforme em todo o território nacional, ainda que as decisões não sejam, pelos motivos já apresentados.

Porém, o Artigo 98 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 98 – A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos orais e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos de juízes em primeiro grau.

O presente artigo possibilita a existências de juízes leigos para promover a conciliação em casos de crimes de menor potencial ofensivo e menor complexidade e promove a possibilidade de criação dos Juizados Especiais.

Em complemento ao dispositivo constitucional citado, a edição da lei 9.099/95 admite nos crimes de ação penal privada, bem como ação penal pública condicionada à representação, onde figura a vontade do ofendido para provocar a prestação jurisdicional, a possibilidade de as partes optarem pelo procedimento restaurativo afim de solucionar o conflito, dispensando ou complementando o judiciário. Veja:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-à nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

Art.76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Tais dispositivos permitem que o magistrado oportunize a possibilidade de composição dos danos entre a vítima e acusado, bem como, a aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, em um procedimento a ser conduzido por um facilitador restaurativo (PINTO, 2005, p. 30).

Primeiramente, o artigo 72, dispõe a possibilidade, em audiência preliminar, de composição civil dos danos entre as partes envolvidas no conflito e aceitação da proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade. Havendo a composição civil, o Art. 74, da referida lei, garante que a sentença homologatória do acordo será irrecorrível e constituirá título executivo no cível. O parágrafo único garante que o acordo homologado implica a renúncia ao direito de queixa (ação penal privada) e de representação (ação penal pública, condicionada à representação do ofendido).

Nessa mesma linha o artigo 79 estabelece que, em audiência de instrução e julgamento, caso não houve a tentativa de conciliação entre as partes envolvidas no conflito e não havendo proposta pelo Ministério Público, o magistrado deverá ofertar a composição civil.

No artigo 76, trata-se do instituto da transação penal, que para a propositura de transação penal, o acusado deve preencher os requisitos previstos nas hipóteses mencionadas no artigo 76 § 2º, segundo o qual o Ministério Público poderá propor pena restritiva de direito ou multas para ações penais públicas, condicionadas e incondicionadas, excluindo os crimes de ação privada.

Para Lopes (2012 p. 56) a pena imposta na transação não implica reconhecimento de culpa nem gera quaisquer outros efeitos penais que não o fato de não poder usufruir do mesmo benefício no prazo de 5 anos. Significa de certo

modo a conciliação e o acordo acerca da inconveniência do processo penal condenatório.

Ainda nesta mesma lei o Art. 89 também possibilita a instauração da Justiça Restaurativa, ao dispor que:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizem a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Neste caso, há uma espécie de suspensão do processo, que amplia os tipos de crimes contemplados para serem abarcados também, além dos crimes de menor potencial ofensivo, os crimes de médio potencial ofensivo (Lopes, 2012).

O §1º do referido artigo, dispõe que:

Art. 89. §1º. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Para Lopes (2012,p.55) os processos que admitam a suspensão condicional pode ser feito, também, o encaminhamento do caso à Justiça Restaurativa, na medida em que propõe em um de suas condições a reparação do dano. No §2º é permitido especificar outras condições judiciais, podendo ser, portanto, perfeitamente a realização dos encontros restaurativos (PINTO, 2005, p. 32).

Importante destacar, que o Estatuto da Criança e do Adolescente também possibilita a instauração da Justiça Restaurativa, através do instituto da remissão, por meio da incidência do dispositivo no artigo 126., podendo o processo ser

suspensão ou extinto, mediante acordo entre as partes de forma livre e consensual (Lopes (2012, p. 55).

Nos crimes contra idosos, abre-se outra janela para o encaminhamento à Justiça Restaurativa, visto que o artigo 94^[5], da Lei nº 10.741/03, estabelece a adoção do procedimento da Lei nº 9.099/95 nos delitos cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos. Lopes (2012, p. 55).

Para Lopes:

Todas estas normas e leis supracitadas devem ser interpretadas num contexto de direito penal desencarcerizador, procurando afastar, tanto quanto possível, a pena restritiva de liberdade. O Estado permanece vinculado ao princípio da obrigatoriedade, mas não mais para impor a penalidade, e sim para, preferencialmente, buscar o consenso entre as partes (LOPES, 2012, p.55).

Com isso, a justiça restaurativa pode ser alcançada na fase de conciliação, bem como na transação penal, a partir do consenso entre as partes, que permite o diálogo restaurativo.

Essas brechas normativas apresentadas são apenas algumas das possibilidades legais para inclusão das práticas restaurativas no judiciário. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça por meio da resolução 225/2016, acreditando na força transformadora das práticas restaurativas, instituiu a política judiciária nacional para implantação da Justiça Restaurativa pelos Tribunais.

A resolução 225/2016 do CNJ teve sua origem após recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) para que a temática da Justiça Restaurativa fosse incorporada à legislação dos países através da resolução nº 2002/12, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução 225 de 31 de maio de 2016, pretendendo que esse documento normativo seja um norte para aqueles que desejam aplicar a Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução nº 225 dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, contendo diretrizes para a implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa nos Tribunais de Justiça do País, Porém, as resoluções não possuem força de lei tratando-se apenas de uma orientação, de um documento legal onde constam diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa nos Tribunais de Justiça do País (MEZZALIRA 2018).

Segundo Ricardo Lewandowski (MEZZALIRA, 2018)

Trata-se de importante marco normativo para o Poder Judiciário que, ao difundir a aplicação coordenada e qualificada dos procedimentos restaurativos em todo o território nacional, assume relevo decisivo para a mudança do atual panorama de nosso sistema de Justiça criminal e infanto juvenil, além de consubstanciar-se como meio de concretização de princípios e direitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o acesso à Justiça e o exercício da cidadania, com vistas à pacificação social (2016).

Destaca-se que a Resolução do CNJ levou em consideração para sua elaboração questões de suma importância e que nortearam todo o seu texto normativo, sobre isso (MEZZALIRA, 2018):

I. Recomendações da ONU para fins de implantação da Justiça Restaurativa nos estados membros, expressas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12, que estabelecem seus princípios básicos; II. Efetivação do Princípio do Acesso à Justiça previsto no art. 5º da CF/1988, com objetivo de obter-se uma efetiva solução aos conflitos; III. A complexidade dos fenômenos do conflito e da violência; IV. Necessidade de busca por um conceito uniforme de Justiça Restaurativa; V. Necessidade de aprimoramento do Poder Judiciário; VI. Possibilidade de homologação dos acordos de JR nos termos previstos pela Lei do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95).

O parágrafo 2º da Resolução enfatiza que a prática restaurativa não pretende excluir ou extinguir os procedimentos da Justiça Tradicional, mas, pelo contrário, atuar de forma alternativa e concorrente.

Portanto, todos os atores envolvidos com o procedimento judicial estão autorizados a encaminhar situações de conflito para a prática restaurativa, inclusive o juízo, mesmo sem provocação de nenhuma das partes. (MEZZALIRA, 2018). Até mesmo a autoridade policial, ao se deparar com um termo circunstanciado ou inquérito policial que envolve uma situação conflitiva, poderá sugerir a JR para solução daquele imbróglio, o que confirma o caráter extrajudicial do procedimento restaurativo. (MEZZALIRA, 2018).

Por fim, a Resolução 225/16 do CNJ, é essencial para o avanço das práticas restaurativas no Brasil uma vez que, incentiva a resolução dos conflitos por meios alternativos apoiando as demandas judiciais.

CONCLUSÃO

As normas existentes para regulamentar e disciplinar as relações sociais dos indivíduos, foram criadas para dar ao Estado somente o poder de punir. Quando uma pessoa é vítima de algum crime, não é dado sequer o direito de interferir, ou opinar sobre o que vai acontecer com o infrator.

Como detentor da lei, o Estado já tem todas as diretrizes que devem ser seguidas caso haja alguma violação penal, á saber a pena. Atento ou cumprindo seu dever, o Estado cumpre com as diretrizes já existentes, que tem como principal conteúdo a punição, o meio mais conhecido para tentar solucionar o ato criminoso.

É de conhecimento de todos que o sistema penal brasileiro vigente está defasado e os índices de reincidência vem crescendo a cada dia, causando temor demasiado a população. Assim como no âmbito civil, no penal também deve existir meios alternativos, em que as partes sejam incluídas para reparar os danos causados.

A justiça restaurativa busca essa solução, através dos círculos restaurativos onde, o infrator passa a compreender a gravidade e as consequências assumindo assim sua responsabilidade por seus atos. Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2011I)

Com o estudo, foi possível identificar o quanto uma roda de conversa é poderosa e eficaz para resolver algum conflito. Essa prática tão simples e eficaz foi regulamentada e é conhecida em outros países como o Canadá, como meio legal de resolução de conflitos. Devido ao crescente número de resultados alcançados na prática restaurativa a ONU editou a Resolução nº 2002/12, que foi a grande responsável por difundir a justiça restaurativa para o resto do mundo tornando -se um marco para essa prática tão eficaz.

No Brasil, a resolução 225 do CNJ ratificou a importância das práticas restaurativas, inclusive tornando esta uma política judiciária nacional. Apesar de no Brasil essa resolução não ter força de lei e sim de orientação, foi o meio que incentivou o judiciário brasileiro a implantar tais práticas.

Pode-se dizer que, a falta de legislação específica, bem como a falta de engajamento por parte do poder judiciário torna moroso a implementação da Justiça restaurativa no Brasil. Mesmo sem legislação específica, através de execução das práticas restaurativas nos projetos piloto apresentados ao longo do artigo,

nota-se os números significativos de forma positiva nas práticas ocorridas bem como o avanço nos estados brasileiros.

Tais práticas, ocorreram de forma diferente em cada estados, cada uma com um enfoque em diferentes ramos do Direito, mas todas com o mesmo objetivo: buscar a solução na raiz do conflito, onde o infrator passa a compreender a gravidade e as consequências de seus atos assumindo assim sua responsabilidade perante o fato. O que se espera é que o modelo de Justiça Restaurativa, seja debatido e alcance cada vez mais o judiciário brasileiro.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Sessão plenária Extraordinária Mista. **Resolução n. 8, 28 de julho de 2010.** Institui o Programa de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia e cria o Núcleo de Justiça Restaurativa da extensão do 2º Juizado Especial Criminal do largo do Tanque. Disponível em:

BITTENCOURT, Ila Barbosa, **Justiça Restaurativa**, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BOONEN, Petronella Maria. **A Justiça Restaurativa, um desafio para a educação.** Tese de Doutorado (USP). Orientação: Flávia Schilling. São Paulo: s.n., 2011.

ILANUD/BRASIL. Instituto Latino Americano as nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente/Brasil. **Sistematização e Avaliação de Experiências em Justiça Restaurativa.** Janeiro de 2006. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/376236/mod_resource/content/1/Penas AlternativasILANUDcompleto%20%281%29%20%281%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/376236/mod_resource/content/1/PenasAlternativasILANUDcompleto%20%281%29%20%281%29.pdf)>. Acesso em: 02 de junho 2019.

LARA. Caio Augusto Souza. **Dez anos de Práticas Restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso a justiça.** 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1dfcb07c683107f0>>. Acesso em: 26 de maio 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades.** Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre, v.9, n.50, jun./jul. 2008.

MEZZALIRA, Ana Carolina, **A justiça restaurativa e sua normatização no Brasil: a Resolução 225 do CNJ**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65804/a-justica-restaurativa-e-sua-normatizacao-no-brasil-a-resolucao-225-do-cnj/1>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

PIEIDADE, KOPS. Fernando Oliveira, Rodrigo Nunes. **A justiça restaurativa como mecanismo de resolução de conflitos para adolescentes e adultos**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1dfcb0http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11774/1553>>. Acesso em: 08 de junho 2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula, **Justiça Restaurativa: da teoria a prática**, São Paulo, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. **Resolução n. 2.002/12, de 24 de julho de 2002**. Que definiu "Princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal" Disponível em: . Acesso em: 29mar. 2019.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. **Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil**. In: SLAKMON, C.; DE VITTOR, R.; GOMES PINTO, R.(Org). Justiça Restaurativa – coletânea de artigos. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programas das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PRANIS e BOYES, Key e Carolyn. **No coração da esperança guia de práticas circulares**, Tradução: Fatima de Bastiani, Porto Alegre-RS, AJURIS, 2011.

MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo: CECIP, 2008.

MEIADO, Guilherme de Paula. **Justiça Restaurativa: novos olhares sob o sistema penal brasileiro**. Lins –SP, 2016. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/biblioteca/monografias/60449.pdf>>. Acesso em: 8 de maio 2019.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Portaria-Conjunta nº 221/2011**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc02212011.PDF>>. Acesso em: 21 maio de 2019.

PENIDO. Egberto de Almeida. **Justiça e Educação: parceria para a cidadania em Heliópolis/SP: a imprescindibilidade entre Justiça Restaurativa e Educação.** Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 196-204. Jun/Jul 2008.

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de Justiça Restaurativa no Brasil:** uma avaliação dos programas de Justiça Restaurativas de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. Revista Ultima Ratio. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 2007.

SANTOS, Guilherme Augusto Martins. **Práticas restaurativas no judiciário: institucionalização e lócus de implantação.** 1ed. Curitiba: Appris, 2019.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. Ed., 2007.

REZENDE, Liliane Claro de. **A justiça restaurativa como política pública de educação: um estudo sobre as práticas restaurativas em escolas de São Caetano do Sul-SP.** 2017. 154 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Santos, Santos, 2017. Disponível em: <<http://biblioteca.unisantos.br:8181/handle/tede/3621>>. Acesso em: 10 de março de 2019.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** São Paulo: Palas Athena, 2008.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado. Autor do livro: Práticas restaurativas no judiciário: Institucionalização e lócus de implantação. E-mail: prof.guilhermeaugusto@fasec.edu.br.

[2] Modelo vítima-ofensor -um diálogo presencial entre vítima e ofensor mediado por um facilitador.

[3] Círculos de construção de paz – um processo facilitado que envolve a vítima, seus apoiadores, o ofensor e seus apoiadores, membros da comunidade e membros relevantes do sistema judicial.

[4] ALVES, Airton Buzzo. **Mediação Penal Interdisciplinar, resultados apurados projeto Cantareira**, disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal

[/Boas_praticas/Relacao_Projetos/MediacaoPenalInterdisciplinar/Resultados%20ap
urados%20no%20Projeto%20Cantareira.pdf](#). Acesso em: 31 de maio de 2019.

^[5] Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2011)

LEI N. 11.340, DE 6 DE AGOSTO DE 2006: APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

FIAMA ERICA PEREIRA DURVAL:
Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANTÔNIA MARIA SILVA ^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O artigo trata dos aspectos da Lei n. 11.340, de 6 de agosto de 2006, quanto a aplicabilidade nas relações homoafetivas com o objetivo de discorrer sobre a lei e analisar como está sendo aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro nessas relações. Os métodos adotados para a realização do trabalho foram dedutivo, exploratório e pesquisa descritiva. A técnica pesquisa bibliográfica em fontes de consulta virtuais e impressas, e os dados apresentados na forma de relatório descritivo. Os principais resultados obtidos são de que a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nas uniões homoafetivas femininas é positiva, vem sendo amparada pela lei, inclusive com decisões favoráveis nos tribunais, por entender que o foco não é o gênero, propriamente dito, mas a condição de fragilidade em que se encontra a vítima, sendo homem ou mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Aplicabilidade. Relações. Homoafetivas. Femininas.

ABSTRACT: The article deals with the aspects of Law no. 11,340, dated August 6, 2006, regarding the applicability in homoaffection relations in order to discuss the law and analyze how it is being applied by the Brazilian legal system in these relations. The methods adopted for the study were deductive, exploratory and descriptive research. The technique bibliographical research in virtual and printed reference sources, and the data presented in the form of descriptive report. The main results obtained are that the applicability of the Maria da Penha Act to female homoafetive unions is positive, has been supported by the law, including favorable decisions in the courts, because it understands that the focus is not the gender itself, but the condition of fragility in which the victim is, being man or woman.

KEYWORDS: Lei Maria da Penha. Applicability. Relations. Homoaffection. Female.

1. INTRODUÇÃO

O artigo aborda aspectos relativos à Lei n. 11.340, de 6 de agosto de 2006, mais especificamente, quanto a aplicabilidade desta Lei nas relações homoafetivas femininas. A 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha visa proteger, assegurando os direitos das mulheres vitimadas por violência, independente do tipo ou forma: moral, psicológica, sexual, física, patrimonial.

De forma que a Lei 11.340/2006 foi editada para cumprir determinação do art. 226, § 8º da Constituição Federal de 1988, assim como tratados e convenções internacionais que já vigoram no Brasil.

O tema é relevante e tem sido debatido, ocasionando ações envolvendo casais do mesmo sexo. Para tanto, a justiça vem sendo chamada a intervir nestes casos, de forma a pacificar a questão, uma vez que ainda não há legislação específica sobre a matéria. Em geral, os tribunais fazem uso de exemplos, princípios doutrinários, jurisprudências em suas decisões. A realização deste artigo é importante também, para a comunidade acadêmica, servindo com fonte de consulta atualizada, assim como para interessados no assunto.

Deste modo, o problema inicial foi de: descobrir como está sendo realizada a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas femininas?

O objetivo do presente artigo consiste estudar aspectos sobre a Lei n. 11.340/2006; discorrer sobre a união homoafetiva feminina e como está sendo aplicada a Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas femininas. Os objetivos específicos se pautaram em abordar sobre a Lei n. 11.340, de 6 de agosto de 2006, discorrer sobre a união homoafetiva e analisar acerca da violência doméstica e familiar no âmbito das relações homoafetivas femininas.

Para o desenvolvimento utilizou-se pesquisa exploratória e descritiva. As fontes de consulta para a realização da técnica pesquisa bibliográfica adveio de fontes digitais, artigos científicos e de leis, jurisprudências, decretos, decisões, essenciais para a elaboração do artigo. Com relação à análise dos dados, apresenta-se de forma descritiva em forma de relatório.

Para melhor compreensão do trabalho, foi dividido em itens. O primeiro, a introdução apresenta o tema, justificativa, problema, objetivos e metodologia. O segundo trata da Lei n. 11.340, de 6 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), união homoafetiva e quanto a aplicabilidade da mencionada Lei em casos de violência doméstica e familiar nas relações homoafetivas femininas. As considerações finais encerram o trabalho.

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A LEI N. 11.340, DE 6 DE AGOSTO DE 2006 (MARIA DA PENHA)

A Lei Maria da Penha assim chamada, de nº 11.34, aprovado no ano de 2006 representa o progresso da nossa humanidade brasileira. A lei deve seu nome a Maria da Penha Maia Fernandes.

Sobre o assunto Dumaresq (2016, p.02):

Quinze anos depois de quase ter sido assassinada por seu ex-marido e de ter ficado paraplégica, Maria da Penha não conseguiu ver o agressor processado e punido. A busca por justiça e a luta contra a impunidade levou Maria da Penha a protocolar uma denúncia contra o Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando a tolerância estatal para com o crime cometido pelo ex-marido. No relatório, apresentado em 2001, a Comissão reconheceu a) a responsabilidade do Brasil pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial de Maria da Penha; e b) a violação, pelo Brasil, da Convenção de Belém do Pará. Ao final, as recomendações da Comissão giraram em torno da necessidade de proceder ao julgamento do agressor com a maior celeridade possível e a reformas com vistas a eliminar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

Vale ressaltar o que nos traz a Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”, adotada em 1994, artigo 5º afirma que toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção destes direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais

sobre direitos humanos. Os Estados-parte reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Já o artigo 6º da mencionada Convenção aduz que o direito de toda a mulher a uma vida livre de violência inclui, entre outros: a) o direito da mulher de ser livre de toda a forma de discriminação, e b) o direito da mulher ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamentos e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação.

Tem se percebido que os meios de comunicação têm fomentado esforços nesse sentido e isso é fundamental, pois a lei não pode, na realidade, causar o impedimento do preconceito, mas através da legislação podemos controlar as reações das pessoas. Contudo, para isso é necessário o auxílio das outras ciências, das outras atuações para que se possa chegar, então, nas vítimas, nas pessoas a fim de que possa se ensinar de que é possível a eficácia dessa lei.

De acordo com o Ministério Público Federal (2006, p.4) em sua cartilha Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica "para que seja aplicada de forma correta e atenda aos anseios das mulheres vítimas da violência, é essencial que os juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados estejam preparados", além de qualificados para dar suporte às vítimas, no sentido de superar a vergonha, embaraço, constrangimento, medo a denunciar seus parceiros. Atualmente temos, sobretudo, uma qualidade melhor das denúncias oferecidas, têm-se, conseqüentemente, mais mulheres buscando pelo cumprimento da lei.

A Lei Maria da Penha é muito popular. Ela é muito conhecida e as mulheres a têm usado muito. É claro que se fazem necessárias outras melhoras a fim de implementação da lei, tais como: a criação de mais juzizados específicos para tratamento desse tema, a qualificação permanente de todos os profissionais da rede de atendimento às vítimas de violência e a própria divulgação dos mecanismos que a lei prevê, que esses mecanismos, como as medidas protetivas, por exemplo, ainda não são muito conhecidos pelas vítimas fazendo-se necessário que elas conheçam melhor.

Há uma pesquisa que diz que mais de 90% da população conhece a Lei Maria da Penha que é considerada pela Organização das Nações Unidas uma das três melhores leis do mundo. Mais de 80% dessa população acredita na sua efetividade,

mas ainda há uma grande sensação de impunidade em relação aos crimes de violência doméstica, principalmente no que tange aos homicídios e aos estupros (BRASIL, 2015).

No entanto no quesito de fiscalização das medidas protetivas há uma lacuna vazia na lei com relação à fiscalização das medidas protetivas. Então, na realidade, esse avanço veio para encorajar as vítimas a denunciar mais, como o fazer. No entanto, em torno disso existe toda uma operacionalização, uma logística que depende, não somente do magistrado, não somente do ministério público, mas da sociedade civil organizada, de todo um contexto de pessoas envolvidas nesta temática. Portanto, não é algo que se esgota porque se trabalha em termos de prevenção com projetos e políticas públicas de modo a implementá-las, pois essa é a única forma de fazer cumprir a lei, ou seja, humanizar a lei e a essência de aplicabilidade dessa lei.

2.3 FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Pode-se dizer que a violência atinge todos os aspectos da vida humana. As formas mais comuns de violência são: gênero, física, psicológica e sexual, mas atinge também o aspecto político, cultural e profissional da mulher, cometida principalmente contra mulheres, crianças e adolescentes. A violência está presente até nos esportes, local que a princípio deveria ser destinado para a o lazer.

Independente de sua posição social ou ideológica, no Brasil, a sociedade como um todo está à mercê da ameaça da violência. Com isto, se faz urgente a implantação de ações voltadas para a segurança pública, a fim de resgatar a tranquilidade e cidadania dos indivíduos, condição essencial para o futuro da nação brasileira.

Segundo Saffioti (2004, p.44) a "violência de gênero pode ser entendida como a violência de homens e mulheres quanto a de mulheres contra homens", pois o significado de gênero é aberto, sendo alvo de críticas do conceito de patriarcado que significa segundo Saffiotti (2004, p.44) "o regime de dominação-exploração das mulheres e homens".

Para Saffioti (2004, p.45), o conceito de gênero se relaciona a uma categoria histórica:

[...] aparelho semiótico, símbolos culturais evocadores de representações, conceitos normativos como grade de interpretação de significados, organizações e instituições

sociais, identidade subjetiva, [...] uma gramática sexual, regulando não apenas relações homem-mulher, mas também relações homem-homem e relações mulher-mulher.

Assim, depreende-se que o conceito de gênero não tem como foco apenas as desigualdades físicas entre homens e mulheres, pois pode ser utilizado nas relações de iguais, já que mesmo perante iguais, há a presença do líder, do dominador, aquele que toma as decisões.

Observa-se, então, que há uma concepção não verdadeira do que vem a ser violência de gênero, muitas vezes confundida inclusive com violência doméstica, acreditando-se que a questão do gênero está ligada somente ao sexo feminino, algo bem distinto da verdade, conforme Gallo (2004, p.01) "a violência doméstica pode ser física, sexual ou psicológica. A violência física caracteriza-se pelo uso da força física, por parte do agressor, com o objetivo de controlar a vítima". Caracterizam-se por machucados, hematomas, tapas, socos, empurrões e outros.

Já a violência sexual se traduz em relações sexuais forçadas, estupros, ignorando a vontade da mulher. No caso da violência psicológica, que mais complexa, mas pode ser observada quando o parceiro tenta controlar a vítima, ameaçando-a, humilhando-a.

A violência doméstica familiar é universal e atinge milhares de pessoas, que a aceitam de forma silenciosa, afetando ambos os sexos, independente da classe social, econômica, religiosa ou cultural específica, como várias pessoas podem pensar. Essa prática provoca efeitos físicos, mas os psicológicos são os piores, pois propicia baixa autoestima, dependência emocional ou material, medo, terror. Em geral, a vítima é responsabilizada pela agressão e sofre muita culpa e vergonha.

O objetivo do ataque violento com uso de força é ferir a vítima, independente de deixar marcas pelo corpo. Em geral ocorrem murros, socos, pontapés, tapas, inserção de objetos diversos, queimaduras causadas com o uso de objetos ou de líquidos quentes. Quando a violência doméstica acontece com crianças, além de o culpado responder por agressão ativa e física, também se caracteriza violência por omissão dos pais ou responsáveis.

Para Guerra (2011, p.105-106) mesmo na agressão psicológica "baseia-se, ainda que indiretamente, na força física masculino, incluindo-a como elemento intimidador". Nem sempre a violência doméstica se limita a física. A violência psicológica motiva agressões, devido ao mal tratamento, preconceituoso, inferiorizando as mulheres, na tentativa de confirmar o poder social. Em geral, as intenções agressivas são cometidas por terceiros, tais como: familiares da mulher ou pessoas devidamente contratadas para tal.

Apesar de a mídia sempre estar publicando campanhas educativas em prol da proteção de crianças e adolescentes, esse público é alvo constante dos agressores, embora já não seja novidade agressões cometida por filhos contra pais e responsáveis, assim como contra avós, avôs e familiares idosos.

Ballone (2003) considera que o uso abusivo do álcool promove, ainda mais, a violência doméstica familiar. A embriaguez deixa o indivíduo agressivo em muitos casos, fazendo que seu comportamento seja caracterizado com ataques de fúria e ira. Com isto, as autoridades policiais têm dificuldade em punir o agressor em função da alternância de caráter. Quando está sóbrio se porta como excelente pessoas, mas quando está embriagado se transforma em uma pessoa sem escrúpulos e extremamente violenta. O fato de o homem ainda ser o sustentador familiar, o único detentor da renda é fator impeditivo para a denúncia de maus tratos e de violência sofridos por parte das esposas.

Ballone (2003) acredita que pelo fato das reincidências das agressões não denunciadas, as vítimas terminam por deter certa culpa. Isto porque, o correto seria denunciar o agressor na primeira vez que ocorrer a violência. No entanto, em geral, a mulher fica assustada, incrédula ao conhecer essa face obscura da personalidade do marido e resolve dar uma segunda chance na esperança que ele se regenere.

O parecer de Saffioti (2004, p.33) a esse respeito é o seguinte:

[...] o domicílio constitui um lugar extremamente violento para mulheres e crianças de ambos os sexos, especialmente as meninas. Desta sorte, as quatro paredes de uma casa guardam os segredos de sevícias, humilhações e atos libidinosos/estupros graças à posição subalterna da mulher e da criança face ao homem e da ampla legitimação social desta supremacia masculina. É com esta estrutura que a família tem garantido o *status quo*, pleno de privilégios para os homens, sobretudo ricos e brancos.

Para Ballone (2003) a violência psicológica ou agressão emocional tem maior impacto negativo porque atinge o sentimento, sendo as formas mais utilizadas a rejeição, depreciação, discriminação, humilhação, desrespeito e punições exageradas.

Ao discriminar o agressor está separando, distinguindo, colocando ao lado, conforme esclarece Guerra (2011, p.23):

[...] a discriminação é toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção,

exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios como raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patológica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdade fundamental nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada.

É um tipo de agressão sem marcas visíveis no corpo, mas que adoece emocionalmente a pessoa causando cicatrizes indissolúveis pelo resto de sua vida.

Outra forma de violência bastante praticada é o assédio moral, que segundo Barreto (2000) se configura por meio de exposição de funcionários a situações humilhantes, degradantes, constrangedoras, exercidas de forma contínua no ambiente de trabalho. Em geral, esse tipo de agressão é mais comuns nas relações hierárquicas autoritárias, que caracterizam condutas negativas, relações antiéticas, de chefes a subordinados, desorganizando a relação de trabalho do funcionário forçando-o a desistir do emprego.

Declara Ballone (2001, p.1) que “A conduta agressiva entre jovens e adolescentes é influenciada, na maioria das vezes, por fatores individuais, familiares e ambientais.” E que a família tem importante papel no processo de formação dos filhos, ensinando valores, comportamento tranquilo, prática da paz e concórdia, para que se tornem adultos equilibrados emocionalmente.

Sobre o assunto, Ballone (2001, p.2) afirma que “a família influi através do vínculo, do contexto interacional (das interações entre seus membros), da eventual psicopatologia e/ou desajuste dos pais e do modelo educacional doméstico” Por meio da mídia, televisão, escola a situação social e econômica dos integrantes familiares pode levar a condutas agressivas.

Lacerda (2002) esclarece que a violência sexual se caracteriza quando ocorre coerção na relação conjugal e o impedimento pelo parceiro do uso de métodos contraceptivos. A forma mais comum de violência sexual é, sem dúvida, o estupro, quando alguém é forçado a manter relações sexuais sob a violência ou ameaça.

Para Guerra (2011, p.107), com relação à violência sexual “o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI de 1992, tendo coberto crimes cometidos contra a mulher no período entre janeiro de 1991 e agosto de 1992” confirmaram

que mais de 50% (cinquenta por cento) dos casos de estupro acontecem no seio familiar.

Observa-se então, que a violência sexual também pode ser realizada por meio de exposição de partes íntimas sem consentimento ou sob a forma de ameaça, poder de autoridade, atentado violento ao poder e ato obsceno.

Com o expressivo avanço da sociedade, o casamento ainda traz em seu bojo da forma patriarcal em diversas regiões do país, onde prevalece o poder do controle da sexualidade feminina por parte do homem. Não é raro deparar com situações onde a mulher é obrigada a cumprir o chamado dever conjugal, ou seja, manter relações sexuais com o companheiro contra sua vontade. Muitas vítimas aceitam esse tipo de agressão, pois consideram que, de fato, o marido tem esse direito e acabam cedendo à pressão.

Deste modo, pode-se afirmar que a violência está presentes em todas as áreas da vida humana, ocorrendo em grandes centros e nas zonas rurais, até mesmo no interior das residências onde membros da própria família cometem violência de todas as formas. Em função do grande índice de atos violentos vivenciados pelos indivíduos, é essencial buscar ações que venham coibir qualquer tipo de comportamento violento.

2.1 ÚLTIMA ALTERAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA – LEI N. 13.827, DE 13 DE MAIO DE 2019

De acordo com a Lei n. 13.827, de 13 de maio de 2019, está autorizada a aplicação de medida protetiva de urgência pelas autoridades judiciais ou policiais, quando a mulher se encontrar em situação de violência doméstica e familiar, ou seus dependentes, a fim de que o registro se caracterize em caráter de urgência no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça. (ART. 1º, LEI 13.827/2019).

Esta foi sancionada pelo Presidente Jair Bolsonaro, não deixa de ser mais um instrumento de defesa das vítimas de violência doméstica.

O art. 2º, Capítulo III, Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ganhou um apêndice o 12-C, *in verbis*:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente a? vida ou a? integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

Ou seja, caso seja verificado risco iminente à vida, integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, assim como dos dependentes, o agressor deve ser afastado no mesmo momento do lar ou local de convivência pelas autoridades policiais, delegados de polícia ou policiais.

O § 1º infere que o juiz deve ser comunicado em no máximo 24 (vinte e quatro horas) e decidirá sobre a medida aplicada, se deverá ser mantida ou revogada. O Ministério Público precisa ter ciência em conjunto com o juiz. De acordo com o § 2º da Lei n. 13.827/2019 quando houver risco à integridade física da vítima, ou se a medida protetiva de urgência não for efetiva, não poderá ser concedida liberdade provisória ao preso.

Outra alteração que a Lei n. 13.827/2019 trouxe e está disposta no art. 3º é com relação ao art. 38-A da Lei 11.340/2006 que passa a vigorar da seguinte forma:

Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência.

Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.

Assim, em conformidade com o art. 38-A alterado o juiz deverá providenciar o registro da medida protetiva de urgência, em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, com livre acesso do Ministério Público e outros órgãos de segurança pública, assistência social, de modo que possam fiscalizar o cumprimento das medidas protetivas.

3. UNIÃO HOMOAFETIVA

A união homoafetiva foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132 com julgamento de eficácia da regra a fim de dar correta nuance tanto à Constituição

Federal de 1988 no sentido de não haver diferença entre homem e mulher, por ser considerada descrição discriminatória.

De acordo com o artigo 1723 do Código Civil de 2002, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Desta forma, ao excluir as expressões homem e mulher da legislação, a união estável passou a ser aplicada também nas relações homoafetivas, preservando-se as disposições, sem qualquer tipo de restrição, inclusive com a chance de se converter em casamento uniões estáveis já estabelecidas.

A Resolução 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a habilitação para celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, casais homoafetivos podem requerer escritura pública de declaração de união homoafetiva que possui os mesmos efeitos das escrituras de união estável. Tal escritura é lavrada levando-se em consideração a vontade das partes mediante solicitação em cartório. Um instrumento público, com fé pública que poderá ser utilizado como prova em instituições públicas e particulares.

Vale ressaltar que, o casamento homoafetivo, propriamente dito ainda não é legal no Brasil. Se realizado em outros países não há reconhecimento jurídico quanto aos efeitos no país, porém nada impede que o reconhecimento seja colocado em crivo e apreciação do Poder Judiciário brasileiro.

Mais recentemente, foi sancionada a Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015, que alterou o art. 121 do Código Penal, passando a considerar a prática do feminicídio (perseguição e morte planejada de pessoas do sexo feminino), enquanto circunstância qualificadora e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 a fim de inserir o feminicídio na relação de crimes hediondos.

4. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS FEMININAS

Talvez um dos primeiros questionamentos sobre a aplicação da Lei Maria da Penha e as relações homoafetivas femininas seja a de descobrir quem pode ser o agressor em potencial (sujeito passivo) em casos de casais do mesmo sexo, ou até mesmo quem será indiciado no art. 5º da Lei Maria da Penha em função de violência doméstica e familiar.

Conforme mencionado anteriormente a Lei Maria da Penha (Lei n.11.340/2006) foi sancionada por força de acordos internacionais em que o Brasil participou de forma a proteger vítimas de violência doméstica e familiar, prevenindo às futuras gerações quanto às agressores, assim como a necessidade de punir os agressores.

O objetivo principal da Lei Maria da Penha é inibir a violência doméstica e familiar, protegendo a parte mais frágil, vulnerável nas relações afetivas conforme preceitua o art. 226 da Constituição Federal de 1988. Isto significa que o mais importante é o fato da vulnerabilidade do indivíduo que se encontra em situação de risco.

Segundo Oliveira e Bernardino (2016, p.4) quanto ao sujeito ativo e passivo "é aquele que comete a conduta descrita no tipo. A lei não especifica o gênero de quem pode praticá-lo", pois a interpretação de sujeito ativo ficou a cargo do artigo 5º, parágrafo único, da Lei 11.340/2006.

O sujeito passivo é aquele que é detentor do bem ou interesse juridicamente tutelado. No caso da Lei Maria da Penha, o sujeito passivo é a vítima, a mulher independente de sua opção sexual, uma vez que é direito de todas e que gozam dos direitos fundamentais à pessoa humana.

Depois do advento da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF seguida por outros julgados nos estados brasileiros o Supremo Tribunal entendeu que a união homoafetiva é uma entidade familiar, com direitos e deveres como as demais e, inclusive sem a obrigatoriedade de ser biológica. Assim, decidiu o STF pela equiparação das uniões considerando as homoafetivas dotadas de direitos e deveres, em especial depois de avaliar a relação estabelecida entre casais do mesmo sexo, onde predomina o afeto e cuidado recíprocos.

Vale ressaltar que as uniões homoafetivas também são marcadas por eventos de violência doméstica e familiar. Segundo Giffin (1994, p.44) quanto a violência

considera “um fenômeno extremamente complexo, com raízes profundas nas relações de poder baseado no gênero, na sexualidade, na auto-identidade e nas instituições sociais”.

Giffin (1994) depreende que este tipo de violência causa inúmeras marcas às vítimas, pois, em geral o agressor é o próprio companheiro (a). É um fenômeno que acomete todas as camadas sociais, causando prejuízos de toda ordem: emocional, psicológico, físicos, traumas irreparáveis, uma vez que o agressor é pessoa íntima da vítima.

Desta forma, quando a violência doméstica ocorre em uniões homoafetivas, a aplicação dos efeitos já vem descrita na Lei Maria da Penha que já compreende que a união não depende de orientação sexual, conforme disposto no artigo 5.º, da Lei n. 11.340, mencionado anteriormente.

No caso da união homoafetiva a jurisprudência apresenta parecer de aceitação, conforme julgado do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Duarte de Paula, abaixo disposto em Brasil (2011):

RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO ENTRE MULHERES. LESÕES CORPORAIS. LEI MARIA DA PENHA. APLICABILIDADE. Enquanto em relação ao sujeito passivo a lei elegeu apenas a mulher, no polo ativo das condutas por ela compreendidas encontram-se homens ou mulheres que pratiquem atos de violência doméstica e familiar contra mulheres. Dessa forma, se a mulher com relacionamento homoafetivo sofre lesões corporais praticadas por sua companheira, no âmbito doméstico e familiar, aplica-se a Lei Maria da Penha em todos os seus termos.

Ou seja, o entendimento jurisprudencial determina que quando o sujeito passivo for à mulher, o sexo não terá importância, apenas sua conduta errônea que praticou contra a vítima. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Desa. Elba Aparecida Nicolli Bastos disposto em Brasil (2010) ratifica:

CONFLITO DE DEPENDÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RELAÇÕES HOMOAFETIVAS. OFENDIDA MULHER. GÊNERO

INDEPENDENTE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL. COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA.

I – A Lei n. 11.340/2006 destina-se a proteger a mulher de violência doméstica, não importa sua opção sexual, nem que envolva relações homoafetivas e a agressora seja outra mulher; 2º. O artigo 5º estabelece como âmbito de incidência a proteção da mulher na unidade doméstica, abrangendo os indivíduos que nela convivem ou qualquer relação de afeto, vínculo familiar, mesmo que não mais coabitem, independentemente da orientação sexual. A Lei não é limitada pelo gênero do agressor, sua finalidade é sempre proteger a mulher, independente de opção sexual (parágrafo único do artigo 5º); 3 – Competente a Vara de Violência Doméstica exercida na Comarca pela Vara de Família. Conflito precedente.

Pelo exposto, entende-se que independente da norma os tribunais já ratificaram entendimento, amparados pela igualdade das pessoas, a fim de pacificar questões antes não consideradas, garantindo os direitos de casais homoafetivos femininos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo trata dos aspectos da Lei n. 11.340, de 6 de agosto de 2006, quanto a aplicabilidade nas relações homoafetivas com o objetivo de discorrer sobre a lei e analisar como está sendo aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro nessas relações.

Acredita-se que a problemática inicial foi desvendada, uma vez que aplicabilidade da Lei Maria da Penha em relações homoafetivas femininas vem sendo cumpridas pelos tribunais brasileiros.

Todos os anos inúmeras pessoas são vítimas da violência doméstica e familiar, embora se tenha implementado ações voltadas para a garantia dos direitos e proteção das vítimas. De fato, a lei Maria da Penha contribuiu bastante para a diminuição das taxas de homicídios no Brasil. A própria Organização das Nações Unidas reconhece a Lei Maria da Penha como uma das três melhores legislações do mundo ao combate e enfrentamento da violência doméstica e familiar.

Recentemente a Lei Maria da Penha foi alterada pela Lei n. 13.827/2019 com o objetivo de autorizar as autoridades policiais a retirar, em caráter de urgência, o agressor do convívio da vítima de violência doméstica e familiar, assim como seus dependentes, sem que precisem aguardar por decisão judicial, principalmente em cidades que não contam com comarcas judiciais. Pode-se dizer que foi mais um passo importante para a proteção das vítimas de violência doméstica e familiar.

É preciso dizer que o conceito de família se alterou com a própria transformação da sociedade, onde as estruturas familiares emergiram novos modelos. Além do casamento civil e religioso, a união estável entre casais heterossexuais e dos casais homossexuais, que estabelecem relações homoafetivas.

Sabendo que nas relações afetivas podem ocorrer divergências, intrigas, ciúmes, desentendimentos, muitas vezes, é necessário acionar a lei. E neste caso, da união homoafetiva feminina, a Lei Maria da Penha tem garantido o mesmo atendimento para mulheres em relacionamento com outras mulheres. Porque entendeu-se que não é o gênero que importa e sim a parte que se encontra fragilizada e que sobre as agressões da companheira.

Infere como limitação deste trabalho a pouca quantidade de material bibliográfico que trata sobre as relações homoafetivas femininas. Por isso, o tema merece ser mais bem explorado para servir de fonte de consulta tanto para a comunidade acadêmica como para outros interessados.

5. REFERÊNCIAS

BALLONE GJ (2003). Violência doméstica. In. **PsiquWeb**, Internet, disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/infantil/violdome.html>> Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. (2001). **Violência e agressão**: da criança, do adolescente e do jovem - in. **PsiquWeb** Psiquiatria Geral, Internet. Disponível em: <<http://sites.uol.com.br/gballone/infantil/conduto2.html>> Acesso em: 19 mar. 2019.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Uma jornada de humilhações**. São Paulo: Ed. PUC, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal; o Código Penal e a Lei de Execução Penal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm > Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm > Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm > Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. **Lei n. 13.827, de 13 de maio de 2019.** Altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e família, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm > Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, "Convenção de Belém do Pará".** Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no vigésimo quarto período ordinário de sessões da assembleia geral. Disponível em: < <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm> > Acesso em: 5 jun. 2019.

_____. **Balanco Ligue 180.** Central de atendimento à mulher. Secretaria de Políticas para as Mulheres Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de->

[conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/balanco180-10meses-1.pdf](#). Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. **Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito 7918639-66.2007.8.13.0024 Processo n. 0093306-35.8.19.0001. **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdãos, 18 de abril de 2011.

_____. Tribunal do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, Conflito de jurisdição n. 70036742047, **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdãos, 12 de julho de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DUMARESQ, Mila Landin. **Os Dez Anos da Lei Maria da Penha**: uma visão prospectiva. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2016 (Texto para Discussão nº 203). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 16 mar. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

GALLO, Alex Eduardo. (2004). **Adolescente em conflito com a lei: Perfil e intervenção**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Educação Especial. Universidade Federal de São Carlos. Disponível em: <<http://www.dpi.uem.br>> Acesso em 19 mar. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Separação de fato e ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIFFIN, Karen. **Violência de gênero, sexualidade e saúde**. Cad. Saúde Pública: Rio de Janeiro, 1994.

GUERRA, Raquel Diniz. **Mulher e discriminação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LACERDA, E. (Coord.) Promoção da saúde no combate à violência. **Rev. Promoção Saúde**, Brasília, ano 3, n. 6, p. 71-73, out. 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF. **Protegendo as mulheres da violência doméstica**. Seminário de Capacitação para juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil, 2006. Disponível em: http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_do_mestica.pdf Acesso em: 16 mar. 2019.

OLIVEIRA, Livia Gabriela do Rosário; BERNARDINO, Paulo Augusto Bandeira. A aplicabilidade da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas, **Periódico Dizer**, vol. 1, 2016. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/dizer/article/view/32808/73165> Acesso em: 27 mar. 2019.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. 1. Ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

WELZENMANN, Cristina. **A mediação como meio de resolução de conflitos no direito de família**. Monografia (Curso de Direito), Centro Universitário Univaldes, Lajeado, PR, 2009. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/550/1/2009CristinaWeizenmann.pdf> Acesso em: 10 mar. 2019.

[1] Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário na Faculdade Serra do Carmo. Docente da área de Direito no Instituto Federal do Tocantins. Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins, E-mail: antonia.m.s@hotmail.com.

JUSTIÇA ITINERANTE NO ESTADO DO TOCANTINS: UMA FORMA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

JÉSSYCA ALVES DE MIRANDA:
Bacharelada em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo - TO.

KELLY NOGUEIRA^[1]
(Orientadora)

RESUMO: Este trabalho versa em indicar alguns trabalhos voltados a Justiça Itinerante no Estado do Tocantins, pontuando de maneira ilustrativa ações que foram desenvolvidas pela comarca de Novo Acordo nos anos de 2013 e 2015 no município de São Félix do Tocantins. A Justiça Itinerante surgiu com a possibilidade de atendimento jurisdicional para a população que se encontra distante de suas comarcas, objetivando a garantia de direitos básicos, previstos na Constituição Federal. A metodologia adotada foi de levantamento epistemológico em livros, sites, artigos, e posteriormente de uma análise documental através dos relatórios fornecidos pela Comarca de Novo Acordo e TJTO. Os resultados da pesquisa evidenciaram a importância da justiça móvel como um meio de levar e legitimar o direito a todos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso. Justiça Itinerante. Tocantins.

ABSTRACT: *This article presents some works related to Itinerant Justice in the State of Tocantins, illustrating the actions developed by the Novo Acordo Judicial District in the years of 2013 and 2015 in the municipality of São Félix do Tocantins. The Itinerant Justice emerged with the possibility of legal assistance for the population located far from its original judicial districts and with the purpose of ensuring basic rights, foreseen in the Federal Constitution. The methodology adopted was an epistemological survey in books, websites, articles and subsequently, document analysis on the reports provided by the Novo Acordo Judicial District and the Court of Justice of the State of Tocantins (TJTO). The results of the research highlighted the importance of an itinerant justice as a means to deliver and legitimize the justice for all.*

KEYWORDS: Access. Itinerant Justice. Tocantins.

1. INTRODUÇÃO

Muito se fala no direito de acesso à justiça. Neste sentido o Estado tem buscado vias para dar efetividade ao que dispõe o artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV da Constituição Federal do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, que assegura ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário para que seus anseios e defesas sejam analisados em qualquer tipo de demanda judicial.

Com a finalidade de transpor os obstáculos existentes e conseqüentemente avançar para uma legítima prestação jurisdicional, o Judiciário tem oferecido elementos fundamentais para viabilizar a modernização e aprimoramento da justiça e a real possibilidade de acesso por parte do cidadão de forma: célere, dinâmica, eficiente, pedagógica, igualitária e eficaz.

Assim sendo, adveio a Justiça Itinerante que se apresentou como um novo modelo de prestação jurisdicional, onde os magistrados se deslocam até as regiões, mais afastadas, facilitando o acesso aos cidadãos, que na maioria dos casos não possuem condições de se deslocar até a comarca em busca da tutela jurisdicional.

Dessa forma, infere-se que essa ação soa como um sistema jurídico "informal", visto que o judiciário realiza audiências fora do ambiente do fórum, ou seja, em locais afastados ou municípios que não sejam sede da comarca.

A Justiça Itinerante consiste em levar os juízes, os representantes do Ministério Público, da Defensoria Pública dentre outras instituições jurídicas ao encontro dos cidadãos que residem fora das comarcas, para resolver litígios, de maneira célere e prática, evitando as pilhas de processos que se acumulam em todo o país.

Diante desses pressupostos o problema dessa pesquisa visa responder se existem ações de Justiça itinerante no Estado do Tocantins. Sendo que o objetivo geral visa descrever as ações da Justiça Itinerante que foram realizadas no Estado do Tocantins. Gerando como objetivos específicos:

- a) Evidenciar a história da justiça itinerante no Brasil;
- b) Identificar os aspectos instituídos pelas doutrinas, leis, bem como relatórios sobre a justiça itinerante;
- c) Descrever ações ocorridas em alguma comarca do Estado do Tocantins para atender a população através da justiça itinerante.

Para tanto, teve em sua organicidade metodológica, primeiramente o levantamento bibliográfico para consubstanciar o campo epistemológico, a partir de doutrinas, livros, revistas e artigos.

Seguidamente, para caracterização empírica, buscou-se encontrar informações através de doutrinas, informativos históricos no Brasil e de maneira ilustrativa, se escolheu os dados que foram disponibilizados pela Comarca de Novo Acordo, das ações da Justiça Itinerante ocorridas nos anos de 2013 e 2015 na cidade de São Felix do Tocantins.

Este trabalho é de grande relevância social para estudantes, professores, advogados que se debruçam sobre a temática, para que todos os futuros leitores compreendam sobre o objeto pesquisado.

Afim de melhorar a compreensão, apresenta-se uma retrospectiva histórica da Justiça Itinerante no Brasil para viabilizar o entendimento e as ações jurídicas através do trabalho móvel para a população, sendo apresentadas nas seções do referido artigo.

2. A HISTORICIDADE DA JUSTIÇA ITINERANTE NO BRASIL

Os problemas de acesso à justiça abrangem a lista das primeiras ordens da estrutura de um sistema de justiça democrático, principalmente, no que se refere a organização de um país em termos de proporções do seu continente e dos seus indicadores de crescimento e desenvolvimento.

Neste cenário, em que uma parte significativa da população ascendeu economicamente, mas que vivencia também os efeitos da política econômica, os impactos nos sistemas de justiça são evidentes: a inclusão social, ainda que precária, evidencia direitos e gera conflitos positivos, porque aumenta as oportunidades e expectativas de uma vida melhor (MARQUES; REBOUÇAS, 2017, p. 495).

Nesse sentido sobre a Justiça Itinerante e sua história, precisamos entender que na década de 1960 inúmeros juristas clamavam por mudanças no sistema jurídico, a fim, de permitir o acesso aos grupos menos favorecidos.

Os primeiros aportes históricos apontam que no Brasil, essa preocupação surgiu explicitamente pela primeira vez na Constituição de 1946, mas em virtude de

movimentos por parte dos políticos e governantes, tal direito não era exercido na prática, existindo apenas no papel.

Os primórdios conceituais da aplicação da Justiça Itinerante no país não são recentes, porém, a sua efetiva aplicabilidade demarca no contexto brasileiro o início na década de 1990.

Para Ferraz (2017, p. 39) no início dos anos 1990, instituiu-se, no Brasil, uma *"criativa modalidade de prestação jurisdicional: a Justiça Itinerante, fóruns móveis adaptados em veículos (ônibus, vans e barcos) que se deslocam até áreas remotas ou não atendidas pelo Judiciário para prover assistência legal e judicial às populações carentes"*.

Doravante, alguns Tribunais estaduais inspirados pela efetividade e pelos bons resultados apresentados, promulgaram seus próprios programas de itinerância, adequando-os às suas necessidades.

Em virtude da informalidade dos programas e da precariedade de registro, é difícil apontar com precisão o início da Justiça Itinerante no Brasil [2]. Conforme se conseguiu apurar, as primeiras experiências nas justiças estaduais teriam sido desenvolvidas no início da década de 1990, em barcos, por iniciativas apartadas de juízes do Amapá e de Rondônia, preocupados com o isolamento das populações, sobretudo as ribeirinhas, e, conseqüentemente, com seu completo afastamento das instituições de justiça.

Assim, os primeiros projetos de implantação em tribunais estaduais se deram com iniciativas experienciais, tendo sido o Tribunal de Justiça do Amapá o primeiro a institucionalizar essa iniciativa no ano de 1996, iniciativa essa que já estava em andamento desde 1992. Estas iniciativas regionais se demonstraram profícuas e foram sendo compartilhadas, e diversos tribunais estaduais passaram também a adotar iniciativas similares (RESENDE, 2013a).

Com o advento da contemporaneidade muitos avanços significativos chegaram, principalmente, os campos tecnológicos trouxeram maior celeridade à justiça, beneficiando os cidadãos que necessitam dos seus direitos na sociedade. Todavia esse acesso ainda não é privilégio para a sociedade em geral, pois ainda existem muitos que estão excluídos deste processo.

Sugestiona Basetto (2015, p.12) que nessa trilha até as "*portas da justiça, muitos daqueles que iniciam sua caminhada desistem diante de obstáculos que, para eles, são intransponíveis*". Os outros, aqueles ainda mais excluídos, desinformados sobre seus direitos e descrentes no sistema judiciário, nem mesmo conseguem vencer a inércia que sobre eles e se abate.

Mediante o quadro de exclusão social, torna-se imprescindível que os estados efetivem medidas capazes de atender às necessidades de todos os cidadãos que necessitam dos serviços que são prestados pelo Poder Judiciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra o Brasil como um Estado Democrático de Direito, 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, sendo que, em seu artigo 1º, inciso III, a atual Constituição elege expressamente a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (BRASIL, 1988)

Diante do exposto, precisamos conhecer as medidas que foram adotadas para o cumprimento do direito das pessoas, como o surgimento da justiça itinerante. Esse serviço perfaz um sistema moderno, social e democrático originado no Brasil, que teve sua legitimação promulgada no artigo 94 da lei nº 9.099/95 de 26 de setembro para os juizados especiais:

Art. 94. Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas (BRASIL, 1995).

Anteriormente, não se via expressamente na Constituição Federal o termo específico sobre Justiça Itinerante, porém, passou a existir nos estados mediante atos administrativos pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça.

Assim, através da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2014, que essa expressão se efetivou no escopo da Constituição Federal, atendendo a todas as matérias, não havendo limites concernentes ao valor da causa.

Diante da legitimação da CF de 1988, coube aos Juizados Especiais Federais, instituídos por meio da Lei 10.259/2001 em 12 de junho de 2001, que trata sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para desenvolver e operacionalizar os Juizados Especiais Federais Itinerantes.

Essa tratativa surgiu como alternativa para o atendimento dos cidadãos excluídos e desinformados, possibilitando, pelo menos em tese, o acesso a uma justiça desburocratizada, informal, menos onerosa, mais célere e efetiva.

Se no passado, portanto, palavras como efetividade é eficiência eram lidas como meras ideias, com exclusivo conteúdo programático, no presente, devem ser interpretadas como conceitos transformadores da burocracia estatal, da burocracia procedimental do Judiciário (GAULIA, 2014, p. 210).

Esse novo pensar sobre a justiça no Brasil, é relativamente novo, mas não deixa de ser uma grande conquista e evolução para os cidadãos brasileiros que necessitam de apoio em questões jurídicas.

Dessa forma, a Justiça Itinerante é um tema original dinâmico, pedagógico, democrático e relativamente eficiente de prestação de serviço jurisdicional descentralizado.

3. ACESSO À JUSTIÇA, UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 traz instituído de forma extensiva o rol de direitos fundamentais, que positivam as regras que devem ser cumpridas por todos mediante a promulgação do legislador que deve observar os rigores desse preceito. Essa concepção traz para a esfera jurídica alguns princípios que tratam questões humanitárias viabilizadas pelo Estado no sentido de garantir os direitos humanos.

Nesse sentido deveria haver uma aproximação do cidadão para com o Poder Judiciário, para promover o acesso à justiça.

Visando então amenizar a questão da morosidade do sistema judiciário, bem como, atender a grande parcela da sociedade que não dispõem de condições para se deslocar até a comarca para ver o seu direito garantido ou seu litígio resolvido, a Justiça Itinerante possui essa ampla prestação jurisdicional, sendo reconhecida por meio da Emenda Constitucional de nº 45 de 30 de dezembro de 2004.

§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo (BRASIL, 2004).

Questões muito simples, poderão ser solucionadas como aponta Furquim (2015):

suprimento de registro civil; retificação de registro civil; separação consensual; divórcio consensual; ação de alimentos consensual; exame de DNA (não é gratuito); 2º via de registro civil; alistamento militar; expedição de carteira de trabalho; carteira de identidade; reconhecimento de paternidade; casamentos comunitários; cobranças; despejos, indenização por inclusão do nome do SPC e SERASA; pedido de aposentadoria; pensão; revisão de benefícios previdenciários e outras causas no valor de até R\$ 20.400,00 (40 salários mínimos)", dentre outros serviços, que dependem do pronunciamento do poder judiciário, são resolvidas por meio da Justiça Itinerante, e os casos não resolvidos naquele momento, serão remetidos ao juízo comum.

Assim, o direito garantido pelo artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988 estará sendo legitimado, visto que se encontra instituído:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

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

As tratativas sobre os direitos fundamentais e sociais se encontram em diversas partes do texto, visando permitir a todos o amplo acesso à justiça e a compreensão que todos devem receber do Estado o apoio necessário para acesso à justiça de forma igualitária.

Para Pereira é um direito elementar do cidadão o acesso à justiça, pelo qual ocorre a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana. O exercício dos direitos humanos e sociais torna possível o Estado democrático de direito. (2005, p.12)

O acesso à justiça à população carente, repercute diretamente na ampliação e efetividade das garantias legais, permitindo a esta parcela da população, a possibilidade de reivindicarem seus direitos para de fato poder exercer a plena cidadania.

Segundo Gomes Neto (2008, p.134), o acesso à justiça "*enquanto direito humano fundamental é inerente aos povos*", deve ser objeto de preocupação do Estado, principalmente naqueles países de posição periférica, nos quais existe um cenário de pobreza.

A questão do acesso à justiça necessita de atenção dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pois todos precisam enviar esforços no sentido de fazer com

que a justiça seja aplicada de forma uniforme a todas as classes sociais, indistintamente.

Pode-se dizer que são diversas circunstâncias que dificultam o acesso à justiça dentre elas: as custas judiciais para a interposição do processo, e sua continuidade, honorários advocatícios e outras situações. Isto faz com que o processo por mais viável que seja se torne desestimulante, e simplesmente as pessoas desistam de buscar soluções para seus litígios.

Destaca-se que a população carente é a mais prejudicada no que tange o acesso à justiça, como mencionado acima, na maioria das vezes não tem recursos para arcar com as custas processuais, ou até mesmo, pela falta de orientação. Assim cabe ao Judiciário criar iniciativas de inclusão das populações carentes para que tenham acesso à justiça.

4. A JUSTIÇA ITINERANTE NOS ESTADOS BRASILEIROS

O Brasil, assim, como os demais países da América Latina, possui um número expressivo de desigualdades acentuadas, “subdesenvolvimento”, baixa mobilidade social, e ainda, elevados índices populacionais abaixo da linha da pobreza.

Essas desigualdades acabam muitas vezes distanciando a concessão de direitos primordiais para o exercício de cidadania no Brasil.

O conflito de interesses existente entre os membros das sociedades é uma consequência da vida em sociedade, logo, uma boa parcela desses conflitos, necessitam da intervenção estatal, para que não haja violação aos direitos básicos e garantidos aos cidadãos.

Visando atender as regiões menos favorecidas, alguns estados brasileiros já realizam ações voltadas a Justiça Itinerante, obtendo resultados consideravelmente positivos. Ademais, o “pequeno fórum ambulante”, já funciona em boa parte do país, resolvendo demandas simples e possibilitando a resolução de maneira rápida e eficaz.

A Justiça Itinerante leva justiça e cidadania para as comunidades ribeirinhas, que se encontram isoladas geograficamente. O programa atualmente funciona com a parceria entre os Tribunais de Justiça de Roraima e Amazonas, no qual através de

barcos e voadeiras a equipe da justiça se desloca até as comunidades e efetivam as demandas jurídicas.

Essa afirmativa fica notória quando o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Maurício Corrêa, menciona a sua participação na inauguração do barco no dia 18 de abril de 2014^[3], em Manaus.

Fiquei maravilhado com o projeto "Justiça Fluvial Itinerante", materializado no Catuiara. "Nada melhor para atender aos reclames da Constituição de 1988 que a ida da Justiça ao povo. Ela não pode ficar enclausurada, funcionar hermeticamente", afirmou Corrêa, para quem esse é "um verdadeiro foro que navega pelas águas do Amazonas" (BRASIL, 2019)

Lisboa^[4] em novembro do ano de 2017, o Juizado Especial Federal Itinerante de Rondônia percorreu o Rio Madeira para atender às comunidades ribeirinhas do sul do Estado do Amazonas. Durante uma semana, foram feitos mais de mil julgamentos nas comunidades de Humaitá, Manicoré e Lábrea, envolvendo a concessão de benefícios previdenciários rurais.

Seguidamente, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, menciona ações de justiça itinerante para o ano de 2019:

No próximo ano vamos manter os atendimentos na capital, em alguns locais de grande movimento e que ainda não receberam o 'Justiça Itinerante', como por exemplo, a "feira da Manaus Moderna", explica a juíza Vanessa Leite Mota, coordenadora do programa. Ela também adiantou que novas ações de atendimento voltadas para as terras indígenas dos **waimiriatroari** – realizadas em parceria com o Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR) – e em municípios do interior do Estado também integrarão o calendário do próximo ano ^[5]

O Nordeste também conta com o programa, realizando além dos serviços comuns à Justiça Itinerante, a colheita dos depoimentos de crianças que são vítimas ou testemunhas de crimes de violência sexual.

Em 2016, o projeto realizou 103 escutas em 27 comarcas do Piauí – algumas em cidades afastadas como Picuí ou Itaporanga, **uma viagem de cerca de sete horas saindo de João Pessoa**. A escuta humanizada é feita em salas mais acolhedoras, em que apenas o profissional capacitado tem contato com a criança, e adapta de forma não agressiva as perguntas feitas pelo juiz e advogados.^[6] (grifa-se)

O Estado não estando acessível, não cumpre com sua obrigação de garantir os direitos daqueles que não possuem condições de se deslocar até a comarca. Pois o Juízo, depende de provocação atendendo ao princípio da inércia processual.

O Estado social é caracterizado quando demonstra preocupação com o estabelecimento de direito prestacionais, visto que para serem concretizados, em prol de toda a população, exige não apenas a colaboração da sociedade na sua consecução, mas especialmente, a própria atividade estatal na proposição e na realização de políticas públicas que possam atender a demandas por: emprego, previdência social, educação básica, saúde pública, dentre outros direitos sociais, exigindo uma atuação estatal positiva para sua realização (PAROSKI, 2008, p. 520).

É importante ressaltar que a justiça itinerante, é disponibilizada por meio de unidades móveis, para levar a atividade jurisdicional do Estado aos lugares mais longínquos e necessitados.

5. ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ITINERANTE NO ESTADO DO TOCANTINS

Faz-se necessário compreendermos que em sentido formal a Justiça Itinerante encontra-se delineada como uma prestação de serviço da tutela jurisdicional promovida pelo Estado, no qual os atos exequíveis pelo juiz são realizados em unidades móveis, escolas, associação de bairros, locais comunitários, que visam o acesso da população pelos operadores do direito. Tratando-se de um ato praticado pelos magistrados, defensores públicos, conciliadores, promotores, acadêmicos, etc.

A dinamicidade das mudanças contemporâneas produziu significativas mudanças para a sociedade, principalmente, as que deram novos contornos para o acesso à justiça.

Ressaltando que o novo viés se encontra no paradigma intencional, de que o acesso à justiça deve ser efetivado para dirimir situações de cunho político, social, jurídico e ideológico que visa a prestação de serviço jurisdicional de forma equitativa e distributiva aos cidadãos que precisam desse atendimento.

Um dos grandes desafios nessa contextualização supracitada é substituir os mecanismos antigos, por novas formas jurídicas que promovam o alcançar de metas de produtividade, competitividade e estabilidade para execução dos direitos humanos fundamentais de todo cidadão brasileiro.

Ademais, com os avanços tecnológicos, a grande preocupação com essa prestação jurisdicional é a aplicabilidade que proporcione celeridade da aplicação dessa pretensão jurídica a população. Neste sentido, assegurar constitucionalmente uma proteção dos direitos sociais, individuais e coletivos para aqueles que necessitam de atendimento jurídico no país.

Assim, no Estado do Tocantins, a Justiça Itinerante vem sendo implantada aos poucos, e levando em consideração a distância entre os distritos de algumas comarcas do Estado do Tocantins que os atendem, tal informação desperta bastante preocupação, no que tange o direito de acesso à justiça previsto no artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV da Constituição Federal. Isso é praticar a política judiciária de forma participativa no processo democrático.

O Estado do Tocantins possui o total de 139 municípios, com aproximadamente[7] 1.383.445 pessoas, que são atendidas por apenas 42 (quarenta e duas) comarcas, na qual apenas 05 (cinco) não possuem distritos, conforme pode ser observado em um mapa ilustrativo disponibilizado no blog[8], e as demais na maioria das vezes estão distantes, dificultando o acesso a uma parcela bastante considerável da população que reside em cidades não tão próximas da comarca.

As informações que constam no respectivo blog são inerentes as comarcas e seus distritos, foram extraídas do site do Tribunal de Justiça do Tocantins

(www.tjto.jus.br) no ano de 2019. Para extrair, basta clicar na aba “cidadão”, onde consta a opção “comarcas”, que lista todos os municípios que são atendidos por determinada comarca.

Mesmo havendo previsão legal, existem apenas dois registros da atividade prestada pelo Poder Judiciário Tocantinense, no site do Tribunal de Justiça.

O primeiro deles aconteceu por iniciativa da Juíza^[9] Renata do Nascimento e Silva, à época, responsável pela Comarca de Tocantínia, no ano de 2011, que considerou a distância e a carência de recursos financeiros da população que ali reside, sendo esses fatores primordiais para realização da ação.

Durante a ação da justiça itinerante, a Juíza Renata do Nascimento e Silva solicitou a colaboração da Defensoria Pública do Estado do Tocantins para a designação de dois Defensores Públicos a fim de acompanhar as audiências e efetuar o atendimento dos necessitados, ao Ministério Público a designação de Promotor de Justiça para atender as audiências, e a gestão do município de Rio Sono a liberação do prédio do Conselho Tutelar, a fim de sediar o evento, além de auxiliar na divulgação do mesmo e a segurança do serviço a partir da Polícia Militar.

O segundo foi realizado através de um mutirão, na cidade de São^[10] Felix do Tocantins, em 2013, sob a coordenação da juíza Aline Bailão Iglesias, da Comarca de Novo acordo, juntamente com o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Delegacia de Polícia, o Cartório de Registro Civil e o Poder Judiciário.

Cabe salientar, que existem ações que foram realizadas pelas demais comarcas do Estado, no entanto, conforme Informação Nº 12008 / 2019 - PRESIDÊNCIA/DIGER/COGES “são ações de gestão daquelas Comarcas, portanto as informações só poderiam ser prestadas pelas próprias”. (Tribunal de Justiça do Tocantins, 2019).

Objetivando demonstrar de forma ilustrativa a atuação dentro do Estado do Tocantins, obteve-se junto a Comarca de Novo Acordo, relatórios concernentes a ações que foram realizadas pela comarca, nos anos de 2013 e 2015, como pode ser observado a seguir.

5.1 Ações no ano de 2013

No ano de 2013, no período de 03 a 05 de julho do ano de 2013, na Escola Estadual Sagrado Coração de Jesus, foi realizado o mutirão da justiça itinerante na cidade de São Felix do Tocantins, sob a coordenação da juíza Aline Bailão Iglesias, da Comarca de Novo acordo, juntamente com o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Delegacia de Polícia, o Cartório de Registro Civil e o Poder Judiciário, conforme o relatório disponibilizado pela comarca de Novo Acordo.

Durante a ação foram realizadas 41 audiências, além dos atendimentos prestados pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público e pelo Cartório de Registro Civil.

Das audiências, 34 foram do Projeto meu Pai, meu presente, onde 04 autores tiveram sua paternidade reconhecida espontaneamente pelos supostos pais.

Salienta-se que em pleno século XXI, restou demonstrado no referido relatório, o registro de 02 casos onde os autores não foram registrados em decorrência dos supostos pais não possuírem registro de nascimento, o que impossibilitou a expedição dos demais documentos, sendo tal situação encaminhada para a Defensoria Pública.

Em declaração a Dr^a Aline Bailão Iglesias[12] mensurou:

A Justiça Itinerante surge como forma de democratizar o acesso à justiça, porque permite que a atividade jurisdicional seja prestada pelo Estado, fora dos Fóruns, fazendo com que essa prestação se torne mais próxima daqueles tidos como 'excluídos', permitindo na prática que todos sejam tratados de forma igualitária e com dignidade (BRASIL, TJ-TO, 2013).

No respectivo mutirão, observou-se que as dificuldades apontadas pela população local, estava na realização dos registros de nascimento e de óbito, pois na época da ação o Registro Civil daquela localidade tinha sido removido para o Município de Novo Acordo.

5.2 Ações no ano de 2015

O relatório referente às atividades realizadas ano de 2015, foram disponibilizados através do Relatório nº 75 / 2016 – Presidência da Diretoria do Foro da Comarca de Novo Acordo.

No referido documento aponta que o mutirão foi efetivado entre os dias 26 a 28 de agosto do elencado ano na cidade de São Félix do Tocantins/TO, no Colégio Sagrado Coração de Jesus.

Participaram do mutirão a Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social (SETAS), Tribunal Regional Eleitoral, a Faculdade CEULP/ULBRA, Poder Judiciário, Companhia Independente de Polícia Militar Ambiental (CIPAMA) e o Ministério Público.

Os atendimentos consistiram em cadastro Bolsa-Família, inspeção de documentos (Carteira do Idoso, Carteira de Trabalho e Título de Eleitor), bem como, Serviços de Saúde, protocolos de ações judiciais, audiências, exames de DNA, palestras educativas, distribuição de kit's odontológicos e registro de ocorrências pela Polícia Militar e Conselho Tutelar.

A Defensoria Pública Estadual não promoveu atendimento no mutirão. Toda a ação foi legitimada pela Juíza de Direito, a Dr^a Aline Marinho Bailão Iglesias.

6. CONCLUSÃO

O acesso à justiça deve ser um direito de todos os cidadãos brasileiros, independentemente de onde estejam inseridos. No entanto, essa garantia muitas vezes é negada para as camadas menos favorecidas da população.

Neste intuito, a Justiça Itinerante surgiu como a garantia de acesso aos quesitos jurídicos para a população, e seu escopo possui grande valia como resposta efetiva à sociedade e ao cumprimento das cláusulas pétreas da carta magna.

Logo as comarcas que efetivamente realizam ações em regiões menos favorecidas, estão cumprindo com o que foi fixado por meio da Emenda Constitucional de nº 45 de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou ao artigo 125, o parágrafo 7º da Constituição Federal, os seguintes termos:

O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários” (BRASIL, 1988).

Uma forma de promover a justiça resume o intuito da Justiça Itinerante, sendo então um meio adequado para que os direitos efetivamente sejam garantidos, principalmente para aqueles que residem em regiões afastadas e possuem menor poder aquisitivo, contribuindo para que seja suavizado o conflito existente entre o princípio da igualdade formal e as desigualdades socioeconômicas, geográficas, sociais e culturais.

Por fim, como sendo um meio de facilitar a prestação jurisdicional, garantindo o acesso ao direito daqueles que na maioria das vezes não possuem condições de reivindicar seus direitos, em decorrência da distância (que exige pecúnia), assim como, restou demonstrado nos casos em que em pleno o século XXI, existem pessoas que não possuem registro, ou seja, não existem para o Estado, nem muito menos usufruem de garantias simples como acesso à saúde, a educação ao voto, etc.

Logo, resta demonstrado a necessidade do Estado como o ente responsável em garantir os direitos trazidos pela Emenda Constitucional de nº 45, olhar com maior importância a temática, uma vez que tal emenda não foi implementada por acaso.

7. REFERÊNCIAS

BASSETTO, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto. **Democratização do acesso à justiça**: análise dos Juizados Especiais Federais Itinerantes na Amazônia Legal Brasileira. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília. 1988.

_____. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília. 1995.

_____. **Emenda Constitucional de nº 45 de 30 de dezembro de 2004.** Brasília. 2004.

FERRAZ, Leslie Shéri da. Desafios e limitações à pesquisa empírica em direito no Brasil: explorando o estudo sobre Justiça Itinerante. Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies vol. 4, n. 1, fev. p. 37-56. 2017.

FURQUIM, Sérgio. **Justiça itinerante: solução de imediato.** JusBrasil: 2015. Disponível em: <<https://furquim65.jusbrasil.com.br/artigos/174984254/justica-itinerante-solucao-de-imediato?ref=serp>. > acessado em: 15 de mai. 2019.

GAULIA, Cristina. **Justiça Itinerante – Ampliação Democrática do Acesso à justiça** Revista de Direito da Cidade vol.06, nº 01. ISSN 2317-7721 DOI: 10.12957/rdc.2014.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. PORTO, Julia Pinto Ferreira. **Análise Sócio Jurídica do acesso à justiça:** As Implicações no pluralismo jurídico do acesso à ordem jurídica justa. in: GOMES Neto, José Mario Wanderley Bahia, Juspodvm, 2008.

PEREIRA, Maria da Guia. **O Papel da Defensoria Pública em face dos interesses dos necessitados.** Dissertação mestrado. Campina Grande: UEPB, 2005.

RESENDE, Adeilda Coêlho. **Justiça Itinerante:** política judicial de acesso à Justiça e cidadania. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013a.

MARQUES, Veronica Teixeira. REBOUÇAS, Gabriela Maia. Juizados especiais itinerantes e acesso à justiça: **contribuições de uma análise legal e empírica para a compreensão da justiça itinerante no Brasil.** Revista Brasileira de Direito, **Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 495-513, set.-dez., 2017.**

TOCANTINS. **Relatório: São Félix do Tocantins.** Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Palmas. 2013.

TOCANTINS. **Relatório Nº 75 / 2016 - Presidência/DF N Acordo.** Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Palmas. 2016.

TJTO. **Informação Nº 12008 / 2019 - PRESIDÊNCIA/DIGER/COGES.** 2019. Disponível em: <
https://sei.tjto.jus.br/sei/documento_consulta_externa.php?id_acesso_externo=36080&id_acesso_externo_assinatura=&id_documento=10000002161380&infra_hash=b04d80c7087aa9163a22a4e71ac5dce8 > acessado em: 27 de mai. 2019.

Sites consultados:

Disponível em:
[http://scholar.googleusercontent.com/scholarq=cache:NWonLPZ684cJ:scholar.google.com/Revista de Direito da Cidade. Vol.06.](http://scholar.googleusercontent.com/scholarq=cache:NWonLPZ684cJ:scholar.google.com/Revista+de+Direito+da+Cidade.+Vol.06) Acesso em 01 de mar. 2019.

Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6550/Justica-itinerante> Acesso em 07 de abr. 2019.

Disponível em: <https://mps.jusbrasil.com.br/noticias/1713625/cidadania-justica-itinerante-retorna-a-tocantins-para-analisar-500-processos>. Acesso em 07 de abr. 2019.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/10970/8681>. Acesso em 07 de abr. 2019.

NOTAS:

[1] Kelly Nogueira da Silva Gonçalves, Advogada em Direito pela faculdade de Anicuns (2007), Professora da Faculdade Serra do Carmo, Brasil.

[2] Disponível em:
http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7492/1/RP_Democratiza%C3%A7%C3%A3o_2015.pdf . Acessado em 03 de jun. 2019

[3] Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62599>. Acessado em 04 de jun.2019.

[4] Disponível em: <http://www.edgarlisboa.com.br/justica-itinerante-ajuda-populacoes-ribeirinhas-isoladas-da-amazonia>. Acessado em 04 de jun.2019.

[5] Disponível em: <https://d24am.com/amazonas/justica-itinerante-anuncia-calendario-de-atendimento-para-2019/>. Acessado em 01 de mar. 2019.

[6] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85047-justica-itinerante-juizes-vaao-interior-nordestino-para-levar-cidadania-a-populaca>. Acessado em 01 de mar. 2019.

[7] Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/to/panorama>. Acessado em 01 de jun. 2019.

[8] Disponível em: <https://comarcastocantins.home.blog/2019/06/06/mapa-comarcas-do-estado-do-tocantins/>. Acessado em 06 de jun. 2019

[9] Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/1229-justica-itinerante-no-tocantins-vai-beneficiar-cidadaos-no-interior>. Acessado em: 15 de mai. 2019.

[10] Disponível em: <https://tj-to.jusbrasil.com.br/noticias/133666221/2o-mutirao-da-justica-itinerante-atende-comunidade-de-sao-felix-do-tocantins>. Acessado em: 15 de mai. 2019.

[11] Disponível em: <https://tj-to.jusbrasil.com.br/noticias/133666221/2o-mutirao-da-justica-itinerante-atende-comunidade-de-sao-felix-do-tocantins>. Acessado em: 15 de mai. 2019.

[12] Disponível em: <https://tj-to.jusbrasil.com.br/noticias/133666221/2o-mutirao-da-justica-itinerante-atende-comunidade-de-sao-felix-do-tocantins>. Acessado em 14 de mai. 2019.

ESTUDO DAS POLÍTICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO DESENVOLVIDAS NA UNIDADE PRISIONAL FEMININA DE PALMAS NO ANO DE 2018

YTALLO KASSIO SILVA ABUDD:
Acadêmico do curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo.

LUCIANA AVILA ZANOTELLI^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como escopo estudar as políticas de ressocialização desenvolvidas no ano de 2018 na Unidade de Prisão Feminina de Palmas (UPF), sua importância no processo de ressocialização das apenadas, conceituando as formas penais que as mesmas chegaram à prisão. É uma pesquisa qualitativa, a qual os dados foram coletados através relatório interno da Unidade de Prisão Feminina de Palmas e do INFOPEN, que é o sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. Os efeitos desta pesquisa representam formas em que os crimes foram cometidos, e situação da Unidade Prisional Feminina de Palmas - TO mostra a violação dos Direitos da Pessoa Humana, mostrando o excesso de pessoas na Unidade Prisional. No entanto, buscam-se melhorias na ressocialização das apenadas para que se evite a reincidência e que se favoreçam as cidadãs que precisam de trabalho, a oportunidade ao deixar o cárcere privado e voltarem ao convívio social.

PALAVRAS CHAVE: Ressocialização; Políticas públicas; Unidade Prisional.

ABSTRACT: The aim of this article is to study the resocialization policies developed at the Palmas Feminine Prison Unit (UPF) in 2018, its importance in the process of resocialization of the victims, conceptualizing the criminal forms that they have reached the prison. It is a qualitative research, which the data were collected through an internal report of the Palmas Women's Prison Unit and situation of the Women's Prison Unit in Palmas - TO shows the violation of the Rights of the Human Person, showing the excess of people in the Prison Unit. The situation of the Female Prison Unit of Palmas - TO shows the violation of Human Rights, showing the excess of people in the Prison Unit. However, improvements are sought in the resocialization of the victims in order to avoid recidivism and to favor the citizens who need work and opportunity to leave the prison and return to the social life.

KEY WORDS: Ressaliation; Public policy; Prison Unit.

INTRODUÇÃO

A pena de prisão tem como objetivo, segundo a doutrina penal além da punição e da prevenção, a ressocialização do indivíduo. Neste sentido a Lei de Execução Penal traz em seu bojo institutos voltados à ressocialização do (a) apenado (a), tais como a remição pelo estudo e pelo trabalho.

O presente estudo tem como finalidade apresentar as dinâmicas que o Poder Judiciário e as Secretarias de Segurança Pública e de Assistência Social propiciam às apenadas, no que tange às políticas de ressocialização das presas na Unidade Prisional Feminina de Palmas-TO, apresentando os pontos positivos, negativos e a sua importância na reinserção destas no âmbito social e como a medida educativa vem a somar no crescimento e desenvolvimento humano e cultural, conforme disciplinado pela Lei de Execuções Penais nº 7.210/84.

A educação e o trabalho constituem fatores de suma importância na reconstrução da identidade da pessoa em situação de cárcere, pessoa esta que está a se reinventar e reestruturar a fim de que possa ter uma nova vida fora da instituição prisional. Tendo em vista a importância da educação e do trabalho na reconstrução pessoal das apenadas reclusas na Unidade Prisional Feminina de Palmas, passou-se a questionar quais os meios que o Estado provê às reclusas para acessar à educação e o trabalho e assim a ressocialização?

Neste viés, serão abordadas as políticas e práticas instituídas pelo Poder Público a fim de proporcionar as mulheres em situação de cárcere reclusas na Unidade Prisional Feminina de Palmas um maior acesso à educação, ao trabalho e a outros meios culturais como formas de ressocialização.

A pesquisa será realizada através do método sistêmico, com caráter qualitativo, o que propicia o aprofundamento da situação estudada e suas relações com o mundo e com a vida das mulheres em situação de cárcere, buscando compreender os papéis desenvolvidos pelos atores e pelos meios dados pelo Estado na ressocialização destas.

O presente trabalho aborda assim, primeiramente a questão da ressocialização frente à lei de execução penais, passando a discorrer sobre a remição da pena e sua função bem como sobre as práticas efetivamente desenvolvidas na Unidade Prisional Feminina de Palmas.

A RESSOCIALIZAÇÃO FRENTE À LEI DE EXECUÇÕES PENAIS Nº 7.210/84

Para poder trabalhar a questão da ressocialização das mulheres em situação de cárcere, reclusas na Unidade Prisional Feminina de Palmas, é necessário a princípio, compreender sobre a pena e do encarceramento.

O Brasil encontra-se, segundo dados apresentados pelo Infopen/2017, em terceiro lugar no *ranking* mundial de encarceramento, contando com uma população carcerária de 726.712 pessoas no ano de 2016, estando entre os países que mais contam com mulheres encarceradas (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2017).

Há que se notar que o Brasil apresenta curva crescente no número de pessoas encarceradas, havendo necessidade urgente de que o Estado atue de forma a garantir a efetiva ressocialização das pessoas em situação de cárcere, a fim de frear o crescimento exacerbado da massa carcerária brasileira.

Mais preocupante é verificar que o número de mulheres em situação de cárcere vem acompanhando a curva crescente do encarceramento em massa, mulheres estas que chefiam famílias e em sua maioria possuem filhos, o que significa dizer que o encarceramento feminino além de trazer maior vulnerabilidade à reclusa, o faz também ao seio familiar, expondo os filhos das mulheres em situação de cárcere à uma vulnerabilidade extrema, o que por si só já é motivo de grande preocupação. Assim se mostra dever do Estado e necessidade social a atuação em diversas frentes voltadas à ressocialização das pessoas em situação de cárcere e, em especial das mulheres em situação de cárcere.

Segundo informações do INFOPEN de 2014 (BRASIL, 2014) direcionado ao Estado do Tocantins, o maior índice de presos em geral, homem ou mulher, é formado por população jovem, negra, pobre e sem instrução. Possui um total de 58% (cinquenta e oito por cento) de jovens encarcerados na faixa etária entre 18

(dezoito) e 29 (vinte e nove) anos porcentual maior que a média nacional que é 56% (cinquenta e seis por cento).

Frente a isto, após a condenação dos réus, bem como durante o cumprimento das penas restritivas de liberdade, a Lei de Execuções Penais nº 7.210/84, prevê assistências aos apenados, como sendo: material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme disposto no artigo 11 da Lei acima mencionada.

Neste sentido, Falconi afirma que “toda a sistemática da pena deve ter por escopo a reinserção do cidadão infrator. Este é um trabalho que deve ter início mesmo antes do condenado estar tal situação: a de apenado”. Assim, sustenta que:

[...] reinserção social é um instituto do Direito Penal, que se insere no espaço próprio da Política Criminal (pós-cárcere), voltada para a reintrodução do *ex-convicto* no contexto social, visando a criar um *modus vivendi* entre este e a sociedade. Não é preciso que o reinserido se curve, apenas que aceite limitações mínimas, o mesmo se cobrando da sociedade em que ele reingressa. Daí em diante, espera-se a diminuição da reincidência e do preconceito, tanto de uma parte como de outra. Reitere-se: coexistência pacífica. (FALCONI, 1998, p. 133).

Deste modo, verifica-se que o aspecto moral da pena se evidencia, tanto pelo lado humano, visto que esta possui a finalidade educativa, que busca recuperar a condenada para uma inserção reintegradora da mesma no meio social, e que seja elemento produtivo e, também seja reeducada no convívio com a comunidade externa. Portanto, observa-se que, assim como a natureza jurídica, o objeto da pena não é único, uma vez que este visa tanto à aplicação da sentença de condenação, como também a recuperação da presa para que possa posteriormente se reintegrar na sociedade.

Sabe-se das dificuldades que as egressas do sistema prisional possuem para se ressocializar e reintegrar-se no mercado de trabalho, pois a grande maioria não possui sequer o ensino fundamental completo, sendo que dados do INFOPEN apontam que no ano de 2017, 67% (sessenta e sete por cento) das mulheres em

situação de cárcere do estado do Tocantins não possuíam o ensino médio completo (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2018).

Ainda há que se considerar que após a vida no cárcere, as mulheres que são em sua maioria chefes de família passam a contar com a estigmatização do rótulo de egressa do sistema prisional, o que em muito dificulta a sua plena recolocação na sociedade. Neste sentido bem aponta Lopes Junior que:

O sistema penal é autofágico. Ele se alimenta de si mesmo. Primeiro vem a exclusão (econômica, social, etc.), depois o sistema penal seleciona e etiqueta o excluído, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Uma vez cumprida a pena, solta-o, pior do eu estava quando entrou. Solto, mas estigmatizado, volta às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existir. É um ciclo vicioso, que só aumenta a exclusão social e mantém a impunidade dos não excluídos (mas não menos delinquentes).(LOPES JR, 2006. P. 14/15)

Desta forma, havendo o interesse de efetivamente reinserir essas mulheres na sociedade, cabe ao Estado promover a reintegração à sociedade da qual foram segregadas durante o regime da pena, proporcionando oportunidades para que não ocorra a reincidência à criminalidade.

O modelo ressocializador propugna, portanto, pela neutralização, na medida do possível, dos efeitos nocivos inerentes ao castigo, por meio de uma melhora substancial ao seu regime de cumprimento e de execução e, sobretudo, sugere uma intervenção positiva no condenado que, longe de estigmatizá-lo com uma marca indelével, o habilite para integrar-se e participar da sociedade, de forma digna e ativa, sem traumas, limitações ou condicionamentos especiais. (MOLINA, apud SILVA, 2003, p. 38).

A ressocialização é necessária para romper preconceitos e minimizar a situação do cárcere privado para não haver reincidência. A inclusão no mercado de trabalho é de suma importância para que o índice de criminalidade diminua. De

acordo com Shecaira e Corrêa Junior (1995) que o ato de ressocializar não representa reeducar o recluso para que seja condicionado a comportar-se da maneira escolhida pelos detentores de poder, mas promover a sua efetiva reinserção social, por meio da criação de mecanismos e condições para que o sentenciado, após o término de sua pena, possa retornar à sociedade sem maiores sequelas e retomar a sua vida normal.

A exclusão social se revela anterior à própria pena. No início do ciclo temos uma sociedade excludente, onde os valores da pessoa humana e os valores sociais estão cada vez mais deformados e desrespeitados, enquanto, no final como resultado, temos um problema bem maior, frente a total exclusão das pessoas que são submetidas ao abandono dentro do cárcere, prejudicando ainda mais a formação humana. (SCHIMITT, 2006, p. 76).

Assim, para romper paradigmas de preconceitos o Senado Federal criou um programa de ressocialização de sentenciados que cumprem medidas no regime aberto em Brasília, onde os dão oportunidades de trabalho, treinamento e capacitação técnica em diversos setores da Suprema Corte. Os contratados não são identificados como apenados e são integrados na comunidade do Tribunal, podendo trabalhar livremente longe dos olhos do preconceito. O programa foi implantado em 2009 em parceria com a Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso, FUNAP– DF. (STF, 2009).

A reinserção na sociedade é bastante difícil, o trabalho que é um dos principais meios para a reinserção na sociedade, mas não é ofertado a todos, na hora de se candidatar a uma vaga de emprego, um ex-detento ainda é visto com maus olhos, com olhos do preconceito, mesmo depois do cumprimento da pena.

REMIÇÃO DA PENA E AS PRÁTICAS DESENVOLVIDAS DENTRO DA UNIDADE PRISIONAL FEMININA

A remição é um direito que o apenado tem de diminuir sua pena mediante trabalho, estudo, ou pela leitura. É um direito assegurado pela LEP (Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011), no qual alterou a Lei nº [7.210](#), de 11 de julho de 1984.

A remição é de crucial importância para a ressocialização e reintegração do condenado à sociedade, é prevista na Lei de Execução Penal – LEP, em seus artigos 126 a 130. Ela vem a ser um abatimento de dias da pena pelo trabalho ou estudo da pessoa em situação de cárcere e tem por natureza jurídica a pena efetivamente cumprida, no molde do artigo 128 da mencionada lei.

O conceito de políticas públicas é bem amplo e segundo SOUZA (2006, p.24:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz. (SOUZA, 2006, p. 24).

Não muito diferente da maneira conceituada acima, Lopes e Amaral (2008, p.5), sintetizam de forma simples:

Atualmente, é comum se afirmar que a função do Estado é promover o bem-estar da sociedade. Para tanto, ele necessita desenvolver uma série de ações e atuar diretamente em diferentes áreas, tais como saúde, educação, meio ambiente. Para atingir resultados em diversas áreas e promover o bem-estar da sociedade, os governos se utilizam das Políticas Públicas que podem ser definidas da seguinte forma: “(...) Políticas Públicas são um conjunto de ações e decisões do governo, voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade (...)” Dito de outra maneira, as

Políticas Públicas são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. (LOPES e AMARAL, 2008, p. 5).

Importante destacar que a remição prevê o desconto de dias de pena, tanto pelo estudo, quanto pelo trabalho a ser realizado dentro ou fora do estabelecimento prisional, ou seja, tanto o trabalho interno, quanto o trabalho externo encontram guarida no intuito da remição, sendo que neste sentido, foi editada, no ano de 2015, pelo Superior Tribunal de Justiça, a Súmula 562, que informa que o trabalho externo do apenado deve ser considerado para fins de remição: "É possível à diminuição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado e semiaberto, desempenham atividade laborativa, ainda que extramuros". (Súmula 562, STJ).

Assim não há que se discutir a validade do trabalho fora do estabelecimento prisional como capaz de proporcionar a remição da pena à pessoa em situação de cárcere. Capez (2001, p. 102-103) ressalva que "a lei não fala em "remissão", pois não quer dar a ideia de perdão ou indulgência ao preso, mas em "remição", visto que se trata de um verdadeiro pagamento: o condenado está pagando um dia de pena com três de trabalho".

Segundo as regras previstas no artigo 126 § 1º, II da Lei de Execução Penal, a cada 3 (três) dias trabalhados a reclusa terá direito ao abatimento de 1 (um) dia da pena, e, de acordo com o previsto no mesmo artigo, inciso I, a cada 12 (doze) horas de estudo igualmente se remirá um dia de pena.

Neste sentido é a letra da lei:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de

requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (BRASIL, 1984)

Ademais, a LEP permite a remição cumulativa, ou seja, permite diminuir a pena assim que completar os dias trabalhados nas horas de estudo (§ 3º do art. 126). No que se refere ao ensino à distância (EaD) a LEP afirma:

§2º As atividades de estudo [...] poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

A remição da pena pela leitura concede ao apenado redução de quatro dias de sua pena total, caso ele leia obras clássicas, filosóficas ou literárias no período de trinta dias. Essa leitura é monitorada por profissionais da educação, e ao finalizar a obra, o apenado deve fazer um relatório ou resenha que deverá ser aprovada para somente assim conseguir a remição de quatro dias de sua pena total.

Embora a remição da pena por leitura pareça injusta, nesse sentido ARANHA defende que:

[...] fundamental para a socialização do homem e sua humanização. Trata-se de um processo que dura a vida toda e não se restringe à mera continuidade da tradição, pois supõe a possibilidade de rupturas, pelas quais a cultura se renova e o homem faz a história. (ARANHA, 1990, p. 18).

Ele ainda acredita que a educação tenha poder de transformar a sociedade.

[...] a educação não pode ser considerada apenas um simples veículo transmissor, mas também um instrumento de crítica dos valores herdados e dos novos valores que

estão sendo propostos. A educação abre espaço para que seja possível a reflexão crítica da cultura. (ARANHA, 1990, p. 52).

De acordo com Paraná (2010) a remição pela leitura tem como objetivo principal a educação e o poder transformador de vidas e a diminuição do analfabetismo.

[...] oportunizar aos presos custodiados alfabetizados o direito ao conhecimento, à educação, à cultura e ao desenvolvimento da capacidade crítica, por meio da leitura e da produção de relatórios de leituras e resenhas. (PARANÁ, 2012, p. 10).

De acordo com o que rege a Constituição Federal Brasileira de 1988, a educação é um direito fundamental, assegurado por lei. No capítulo II – Da Educação, da Cultura e do Desporto, seção I – Da Educação:

Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Ela ainda estabelece que:

Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria (BRASIL, 1988).

Poderá também ter uma pontuação que é um terço na diminuição por ter completado as horas a qual se dedicou aos estudos pela conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena (NICOLITT, 2016).

Neste mesmo viés, a diminuição por trabalho e estudo pode ser perfeitamente cumulada, desde que as horas diárias sejam definidas de forma a

se compatibilizar, conforme dispõe a Resolução de n. 03/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Vale ressaltar que o trabalho oferecido pelo Estado para as detentas em regime fechado é um dever (art. 31 da Lei de Execuções Penais), bem como de um direito da presa (art. 41, II, da Lei de Execuções Penais).

No Estado do Tocantins, mais especificamente na Unidade Prisional Feminina de Palmas, se contava, em janeiro do ano de 2019, com 61 (sessenta e uma) mulheres encarceradas, sendo que deste número, 72% (setenta e dois por cento) se encontram reclusas por infração ao art. 33 da Lei 11.343/06, segundo dados coletados na própria instituição prisional, sendo que 35 (trinta e cinco) estão provisoriamente e 26 (vinte e seis) condenadas.

Na Unidade, existe o desenvolvimento de atividades variadas no decorrer do cumprimento da sanção penal para a remição de pena. Segundo informações passadas na própria unidade e pela legislação publicada, as remições são: por estudo e frequência escolar, de acordo com a Lei de Execução Penal, pela leitura, pelo trabalho interno, especialmente em atividades como limpeza da unidade, artesanato e atividades na horta.

De acordo com a Direção da Unidade Prisional, devido à capacidade do local, é permitido 24 (vinte e quatro) reeducandas de regime fechado, ou seja, mesmo a guia de execução penal expedida, ainda que sendo provisória. No local, a ocupação da Unidade Prisional chegou a quase 300% (trezentos por cento) da capacidade total, de acordo com o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, no ano de 2018, sendo que no atual momento a unidade apresenta, segundo o Conselho Nacional de Justiça taxa de ocupação de 200% (duzentos por cento), sendo que deste total 44 mulheres se encontram em prisão provisória e 24 cumprindo pena definitiva.

Pode-se destacar que, devido à superlotação na Unidade, não existem acomodações disponíveis para a quantidade de reeducandas que ali são recebidas, desta forma as mesmas estão espalhadas dentro das celas em colchões no chão.

Tal situação se torna ainda mais gravosa no pavilhão conhecido como “Carandiru”, assim sendo compostas por 04 (quatro) pequenas celas, sem iluminação e ventilação adequadas, onde, apesar de acomodar, no máximo, 04 (quatro) presas por cela, encontram-se alojadas até 10 (dez) reeducandas em cada uma destas. (Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2018). Apesar da precariedade estão sendo realizados projetos que visam a ressocialização das detentas.

De acordo com Costa (1999), é necessário desenvolver atividades que mantenham os níveis de habilidade e conhecimento, bem como criar uma política de rotatividade entre as funções e setores, para possibilitar o crescimento e desenvolvimento profissional.

Apesar de se destinar ao recolhimento de presas condenadas criminalmente, a maioria das reeducandas da Unidade Prisional, estão apenas de forma provisória, em flagrante desrespeito à previsão contida no art. 84, da LEP.

Além de tal situação a insuficiência de insumos para garantir o funcionamento adequado da Unidade Prisional, no mesmo, foram realizadas inspeções *in loco*, verificou-se que, ao ingressar na Unidade Prisional, as reeducandas não recebem uniformes, sendo obrigadas a usar suas próprias vestimentas.

Com efeito, sequer são entregues kits de higiene pessoal em quantidade suficiente para atender as necessidades básicas de todas as reeducandas, sendo fato público e notório que, frequentemente, as organizações da sociedade civil realizam campanhas para arrecadar produtos dessa espécie para doar às presas recolhidas na UPPF (Ministério Público do Estado do Tocantins, 2018).

Por outro lado, os aspectos de improvisos realizados nas instalações da UPPF estão cada dia mais deficientes, desta forma mostra-se que o local não foi feito para esta finalidade, tendo sido adaptado de maneira extremamente precária, para funcionar como estabelecimento prisional.

Destaca-se ainda, que o local não possui câmeras de monitoramento eletrônico e é cercada por apenas um muro, de altura mediana, que, embora possua cerca elétrica e concertina, pode ser facilmente superada, permitindo com

que haja arremessos de objetos ilícitos e substâncias entorpecentes para o interior da Unidade Prisional.

Além da superlotação, a estrutura física apresenta graves problemas, que necessita de solução imediata, configurando iminente perigo de vida às internas e aos servidores.

Além das deficiências apontadas, a Unidade Prisional também não dispõe de uma sala destinada exclusivamente ao contato reservado de advogados e defensores com suas clientes/assistidas, sendo que, quando se faz necessária a realização de algum atendimento, utiliza-se a sala da assistência social (Ministério Público do Estado do Tocantins, 2018).

Por último e não menos importante, a Unidade não possui local adequado para custodiar mulheres que possuem filhos recém-nascidos, em fase de lactação, até os 06 (seis) meses de vida, nos moldes preconizados pelo art. 82, §2º, da Lei de Execução Penal (Ministério Público do Estado do Tocantins, 2018).

De outro vértice, sequer há uma seção própria para as gestantes e parturientes, como determina a primeira parte do caput do art. 89 da Lei de Execução Penal, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, permanecendo as mulheres naquela condição junto às demais reeducandas, em condições absolutamente inadequadas, e no mesmo, não há na Unidade creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa, tal qual determina a segunda parte do caput do art. 89, da Lei de Execução Penal.

A Defensoria Pública e o Tribunal de Justiça, através de parcerias trazem apresentações de trabalhos realizados pelas detentas, como: roupas íntimas, tapetes e demais peças em relação à atividade criativa e cultural e de artesanato, fabricação de bonecos de pano, rosas de panos, chaveiros artesanais, além de personalização de lembranças para datas comemorativas, com o intuito de conquistar reconhecimento pelo seu trabalho e também como uma forma de ressocialização na sociedade e toda a produção é feita pelas reeducandas.

São programadas três oficinas durante a semana onde são elaboradas diversas produções. Os cursos oferecidos são destrinchados cada passo de como são feitas confecções, molduras e uma noção do que usariam para criar cada lembrança, contabilizando gastos e o lucro advindo deste trabalho desenvolvido. (Secretaria Estadual de Defesa, 2018).

Desde que foi aprovado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ (DANTAS, 2018), o trabalho artesanal desenvolvido dentro do sistema carcerário passa a valer também como remição de pena. Cabe ao estado a função de administrar, fiscalizar e controlar esse meio para que sejam computadas as horas de trabalho e tem como objetivo dar incentivo a ressocialização da apenada, e é uma relevante ferramenta, pois além da reinserção visa beneficiá-las com uma futura profissão. De acordo com o artigo 126 da Lei de Execução Penal, por exemplo, o preso que trabalhou na confecção de tapetes por 98 dias, gera uma expectativa de remição de 32 dias de pena.

Os artefatos são feitos e vendidos pelas reeducandas com autorização judicial, tendo como importância o trabalho social e o comportamento adequado. Com a solidificação do projeto, são feitos regularmente exposições dos produtos, as vendas antes escassas, realizadas pelas famílias das reeducandas, conquistaram um mercado maior. (Defensoria Pública do Estado do Tocantins, 2017).

Como defende Hebert Read (2001, p. 03) "a arte deve constituir a base da educação". Apoiado nessa teoria passou a crer que na ressocialização pela arte, o que é de grande importância para a sociedade, no qual transforma pessoas.

O Projeto Bazar Três Pontos tem como foco a remição da pena, geração de trabalho e renda para as reeducandas do sistema prisional. A renda recebida através das vendas é entregue as reeducandas que produzem no Bazar. Com o recebimento, as mesmas poderão adquirir materiais necessários para confeccionar novas peças, custear materiais de higiene pessoal e garantir ajuda aos familiares. (Defensoria Pública do Estado do Tocantins, 2017).

É importante destacar que existem vários projetos de artesanato na unidade, como é o caso do curso e ofício de fazer crochê. As apenadas podem, juntamente com um assistente social, ausentarem da Unidade para apresentar o trabalho desenvolvido no Fórum de Palmas e também na Feira do Bosque^[2]. Na comercialização dos produtos, é realizada a troca entre as reeducandas para que

todas possam ter a oportunidade das maiores experiências possíveis, objetivando um máximo aproveitamento do conhecimento adquirido para que, ao serem reinseridas no mercado de trabalho e na sociedade, isso aconteça de forma justa e digna. (Defensoria Pública - TO, 2018).

Estes projetos têm por objetivo capacitar as detentas para que saiam com melhores condições e maiores oportunidades de conseguirem inserção no mercado de trabalho. E, segundo o Sistema Penitenciário Prisional (SISPEN) e no Sistema Socioeducativo do Tocantins, várias áreas de aprendizado estão sendo desenvolvidas.

Um dos projetos visados é o Projeto de Arte que Faz Crescer, onde ocorre a capacitação do profissional por meio de costura e artesanato, com criação de bonecas, bolsas, tapetes, chaveiros e entre outros. O Projeto Canto Coral realizado na Unidade Prisional é desenvolvido por uma servidora em parceria com a Defensoria Pública do Estado - DPE e oferece aulas de canto para detentas. (Defensoria Pública - TO, 2018).

Os projetos desenvolvidos pela Unidade Prisional Feminina é de grande importância para as detentas, pois mostram para o valor de cada trabalho e têm por objetivo capacitar as detentas para que saiam com melhores condições e maiores oportunidades de conseguirem inserção no mercado de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se ao longo do presente trabalho, por meio de uma consistente base teórica, que trabalhos de ressocialização que são desenvolvidos dentro da Unidade Prisional Feminina de Palmas são de grande válida, mas ainda há muito para ser feito. O preconceito faz com que os reeducandas não consigam emprego facilmente quando saem do encarceramento e, em alguns casos voltam a para a criminalidade. Ainda são necessárias políticas públicas mais incisivas para que as barreiras do preconceito sejam quebradas para que o índice de criminalidade diminua.

A educação também é de suma importância, pois o número de analfabetismo é alto nas cadeias de todo o país. Isso acontece porque ainda

muitas pessoas não entendem o apenado, também é sujeito de direitos e principalmente, direito à educação.

Falar de cidadania e civilidade no Sistema Penitenciário é algo complicado, pois a cada dia que passa a sociedade anda com mais com medo da criminalidade e da violência. O sistema carcerário necessita de mudanças, e de um amplo debate para solucionar os problemas encontrados, é preciso educar os que estão encarcerados e tratá-los com respeito e dignidade, todos aqueles que erram merecem uma segunda chance para reaprender. É primordial manter os presos em segurança, e também é de suma importância criar oportunidades de ressocialização.

Investimentos em assistência à saúde, oferta de estudo formal, de capacitação e de trabalho são os essenciais para a mudança de vida de um detento, assim podem os transformar para viver novamente em sociedade.

Estas novas práticas artesanais podem resgatar, modificar e recriar os valores perdidos. Essa relação do artesanato com o sistema carcerário faz com que muitas pessoas tirem seu próprio sustento ou de suas famílias, mesmo de dentro do sistema. Assim, o artesanato e os projetos desenvolvidos dentro do sistema carcerário proporcionam geração de renda, ocupação e valorização do detento como ser humano.

Ainda há muito que melhorar para que o resultado final seja satisfatório, é imprescindível para acontecer essa melhoria de resultados, e para essa evolução acontecer é preciso unir forças de uma atuação em conjunto entre União, Poder Executivo Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública para somente assim, solucionar os problemas e alcançarem o objetivo final, que é a baixa criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição: Alfredo Bosi, Revisão da tradução e tradução de novos textos: Ivone Castilho Benedetti, 5ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABREU; Cinthia. **Projeto Bazar Três Pontos em exposição no Fórum de Palmas**. 2017. Disponível em: <<http://www.defensoria.to.def.br/noticia/23230>>. Acesso em: 13/05/2019

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da educação**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1990.

AZEVEDO, Guilherme F. e BARROS, Ana Maria de. **Quem Estamos Prendendo? O Perfil do Detento da PJPS — Secretaria de Justiça e Cidadania**— Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru: Caruaru, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em novembro de 2018.

BRASIL, **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

BRASIL, **Lei n. 12.433**, de 29 de junho de 2011. Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a diminuição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. Disponível em: Acesso em: 18 de abril 2019.

CABRAL, G. D. Revista ESMAT, Palmas/TO. **A participação da sociedade na execução penal: mecanismo de melhoria da prestação jurisdicional no sistema carcerário de Palmas, estado do Tocantins**. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 8. ed. São Paulo: Paloma, 2001.

CARDOSO; Marcelo.. **Estado tem 180 dias para acabar com superlotação e reformar estrutura precária na unidade prisional feminina de Palmas, determina juiz**. 2019. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6304-estado-tem-180-dias-para->

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592118>

[acabar-com-superlotacao-e-reformar-estrutura-precaria-da-unidade-prisional-feminina-de-palmas-determina-juiz](#)>. Acesso em: 13/05/2019.

CONGRESSO NACIONAL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. p. 1 (Anexo). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recibo de Cadastro de Inspeção – Geopresídios**. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_esta_belecimento&opcao_escolhida=1091-1758&tipoVisao=presos> Acesso em: 29 de Maio de 2019.

COSTA, Silvia Generalida; BRATKOWSKI, Pedro Luiz da Silva. **Paradoxos do trabalho prisional na era do capitalismo flexível: O caso Detran – RS**. Disponível em: Acesso em: 21 de maio de 2019.

DANTAS, Ribeiro. **Trabalho artesanal também é válido para remição de pena, afirma STJ**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-04/trabalho-artesanal-tambem-valido-remicao-pena-stj>> Acesso em: 25/05/2019.

FALCONI, Romeu. **Sistema presidencial: reinserção social?** São Paulo. Ícone, 1998.

LOPES, Brenner; AMARAL, Jefferson Ney. **Políticas Públicas: conceitos e práticas**, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006.

MARTINS, Fladimir J. B. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2006.

[1] OLIVEIRA, J. M. **As detentas do Tocantins: uma questão jurídico-social**. Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins, Palmas, ano 5, n. 9, p. 11-37, 2012.

PARANÁ. **Governo do Estado do Paraná. Secretaria de Estado da Educação.** Superintendência da Educação. Diretrizes Curriculares da Educação de Jovens e Adultos. Curitiba: SEED, 2006. Disponível em:. Acesso em: 21de maio de 2019.

READ, Herbert. **A educação pela arte.** Tradução: Valter Lellis Siqueira. São Paulo, 2001.

SANTANA, Jesuino; MORAES, Jaqueline Dez projetos de ressocialização desenvolvidos no Sistema Penitenciário e Socioeducativo do Tocantins.

2019. Disponível em: <<https://secom.to.gov.br/noticias/dez-projetos-de-ressocializacao-desenvolvidos-no-sistema-penitenciario-e-socioeducativo-do-tocantins-431635>>. Acesso em: 25/04/2019.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Análise crítica à execução penal antecipada: uma questão de razoabilidade, de proporcionalidade e de dignidade à luz da presunção de inocência.** In CUNHA, Rogério Sanches (organizador)... [et. al.] Execução penal: Leituras complementares. Salvador: JusPODIVM, 2006.

SILVA, José de Ribamar. **Ressocializar para não reincidir.** Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Tratamento Penal em Gestão Prisional. Curitiba: UFPr, 2003.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão de literatura.** Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, p. 20-45, jul/dez 2006. Disponível em: . Acesso em: 21 de maio de 2019.

[1] Especialista em Direito Público, docente da Faculdade Serra do Carmo.

[2] A Feira do Bosque é uma feira de produtos artesanais que ocorre semanalmente no Bosque dos Pioneiros, localizado na região central da cidade de Palmas - TO

PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

IZANA SOUSA TORRES NEPOMUCENO:
Acadêmica do Curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo.

MURILO BRAZ VIEIRA¹
(Orientador)

RESUMO: Busca-se, nesse artigo, discutir questões relevantes do comércio eletrônico o qual está expandindo-se no Brasil. O ambiente consumerista tem passado por inúmeras mudanças nos últimos anos, as quais estão relacionadas diretamente com as novas tecnologias que possibilitou o surgimento do consumo por meios eletrônicos. No entanto essa velocidade do aumento do consumo feito por esses meios, não vem sendo acompanhadas na mesma rapidez pelas leis, decretos e órgãos de fiscalização e proteção ao consumidor. A regulamentação do comércio eletrônico encontra dificuldades na ausência de normas jurídicas capazes de abranger as peculiaridades e especificidade que o mesmo exige e este é um impedimento para a plena proteção dada ao consumidor no comércio on-line. Mediante uma abordagem quantitativa dos serviços efetivados pelo PROCON da cidade de Campinas-SP como modelo para análise do objeto dessa pesquisa. Os resultados apontaram que dentre os 10 (dez) segmentos com mais reclamações de consumidores no ano de 2018, estão em primeiro lugar o serviço do comércio eletrônico.

Palavras-chave: Comércio eletrônico. E-commerce.Consumerista.Online. Cibernéticos.

¹ Murilo Braz Vieira. Advogado, graduado em Direito pela PUC-Goiás (2004) e Pós-graduado em Direito Público (EPD-SP) e Direito Constitucional (UFG). É Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), Brasil (2015) Professor da Faculdade Serra do Carmo, Brasil.

ABSTRACT: *This article seeks to discuss relevant issues of e-commerce, which is expanding in Brazil. The consumer environment has undergone numerous changes in recent years, which are directly related to the new technologies that enabled the emergence of consumption by electronic means. However, this speed of the increase of the consumption made by these means, has not been accompanied at the same speed by the laws, decrees and organs of inspection and protection to the consumer. The regulation of electronic commerce finds difficulties in the absence of legal norms capable of embracing the peculiarities and specificity that it requires and this is an impediment to the full protection given to the consumer in the online commerce. Through a quantitative approach of the services effected by PROCON of the city of Campinas-SP as a model for the analysis of the object of this research. The results pointed out that among the 10 (ten) segments with the most consumer complaints in 2018, the e-commerce service is first.*

KEYWORDS: *E-commerce. Consumerist. Online. Cybernetic.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como viés discutir questões referente à proteção do consumidor através do comércio eletrônico.

Esse novo mecanismo de vendas está crescendo aceleradamente no Brasil, para tanto, se faz necessário discorrer na contextualização dessa pesquisa sobre o elencado comércio, uma análise do ordenamento jurídico no que tange a proteção do consumidor que adquire uma diversidade de produtos.

Assim, o problema pelo qual buscou-se a resposta para realização da análise foi: Existe eficácia na proteção dos consumidores que adquirem produtos através do comércio eletrônico?

Nesse sentido, o objetivo geral visa analisar a proteção do consumidor no comércio eletrônico. E os objetivos específicos foram delimitados em:

- a) Descrever a historicidade do comércio eletrônico;
- b) Identificar o direito do consumidor;
- c) Evidenciar o número de casos atendidos referente ao comércio eletrônico;

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor tem em seu escopo o delineamento legal de ordem pública pelo qual se instituiu alguns direitos e obrigações preconizados para consumidores e fornecedores. Frisando que o Código visa a garantia para equilibrar as relações de consumo e proteção ao consumidor, bem como, a proibição de práticas abusivas no que se refere aos valores no Mercado.

Para compreensão dessa pesquisa, organizou-se todo o campo epistemológico através de literaturas, artigos, sites. Seguidamente optou-se por realizar a coleta de dados no órgão do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON do município de Campinas, mediante abordagem quantitativa que irá consubstanciar a análise e o tratamento dos dados.

Trata de uma temática de relevância social na contemporaneidade referente ao comércio eletrônico para estudantes, professores e operadores do direito.

Diante do exposto as seções foram organizadas para proporcionar ao futuro leitor a compreensão da temática, fazendo primeiramente uma revisão histórica do comércio, seguidamente sobre os conceitos de comércio eletrônico, o direito do consumidor, eficácia da proteção dada ao consumidor mediante dados fornecidos pelo PROCON da cidade de Campinas, e por fim as considerações finais.

2 A HISTORICIDADE DO COMÉRCIO

Inicialmente os aportes históricos apontam que o comércio tinha como prática à intermediação entre o produtor e o consumidor, a qual era efetivada através de mecanismo de trocas entre pessoas, culturas ou países existentes.

Nesse sentido a palavra comércio possui diferentes origens, sendo a grega a mais conhecida, originada do latim *commercium*, sendo ela a junção das palavras “com” que significa algo como junto ou conjunto e “merx /merc” que é algo como mercado, local de troca. Dessa forma comércio seria algo como “local de troca onde pessoas se reúnem” (FERREIRA, 2017).

Ressalta-se à impossibilidade de mensurar com exatidão o início da atividade comercial mediante o processo histórico dessa ação, porém, os prenúncios dessa ideia inicial consistiam na ideologia de um comércio que viabilizasse a troca de algo por outro.

No início do desenvolvimento do comércio moderno, os produtos eram intercambiados diretamente nos postos de troca, sendo que na época as moedas não tinham a credibilidade financeira para serem universalmente aceitas. Era a fase do escambo (NOVAES, 2007, p. 1).

Com a evolução o comércio foi sofrendo algumas alterações, mas, antes de existir a moeda ou qualquer outra forma de pagamento, as mercadorias eram todas trocadas através do **escambo**.

Após, o escambo iniciou o comércio baseado em moeda, com isso os consumidores exigem qualidade nos serviços e produtos, e conseqüentemente, surge à necessidade de globalizar essa atividade mercantil.

Desse modo, na contemporaneidade a tecnologia avançou com significativa celeridade, surgindo o comércio eletrônico, no qual o consumidor sem sair de casa, sem usar a moeda em papel, mas usando cartões de crédito ou débito, cheques e boletos adquirem o produto que deseja e recebe no local que almejar.

2.1 COMÉRCIO ELETRÔNICO

Após um breve histórico sobre o comércio se faz necessário a compreensão do termo referente à atividade do comércio eletrônico.

O E-commerce é a abreviação em inglês de '*eletronic commerce*', que significa "**comércio eletrônico**" em português. Por comércio eletrônico (CE - e-commerce) entende-se o processo de compra, venda e troca de produtos, serviços e informações por redes de computadores pela internet (TURBAM & KING, 2004, p. 3).

Na contemporaneidade existe grande popularização do comércio eletrônico com a venda de inúmeros produtos ou prestação de serviços realizada por meio de transmissão eletrônica de informações, sem a necessidade do contato físico com os contratantes.

Marques afirma que o comércio eletrônico:

[...] comércio 'clássico' de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagem de texto etc.), por Internet (online) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares, etc.). Tais negócios jurídicos finalizados por meio eletrônico são concluídos sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados, normalmente, contratos à distância no comércio eletrônico, e incluem trocas de dados digitais, textos, sons e imagens (2004, p. 35-36).

Ressalta-se que a ascensão do comércio eletrônico está extremamente associada com a propagação do uso das tecnologias no Brasil.

Porém, foi durante o ano de 1995, que as empresas eBay e Amazon.com iniciaram o caminho de sucesso do Comércio Eletrônico, oferecendo aos consumidores a possibilidade de comprar qualquer produto, onde o consumidor

poderia realizar a busca do produto, em questão de segundos apareceria uma lista dos produtos relacionados. (NAKAMURA, 2011, 14).

Essa nova tecnologia começou a ter maior propagação nos anos 2000, mediante a venda de produtos das lojas Americanas, Submarino e o grupo Pão-de-Açúcar que foram as pioneiras em trabalhar com essa nova atividade do comércio eletrônico e ascensão da internet.

A Folha de São Paulo trouxe uma reportagem que discorreu sobre as porcentagens referentes ao acesso da internet no país que deixava sugestionado essa mudança de paradigma: [...] o percentual de brasileiros de dez anos ou mais que acessaram a internet por meio de computador ao menos uma vez aumentou 75,3% e passou de 20,9% para 34,8% entre 2005 e 2008, o que equivale a 56 milhões de usuários. (MACHADO, 2008).

Assim, o advento da Internet transformou a cultura e rompeu pressupostos com a inserção do comércio eletrônico como uma ferramenta de consumo, que possibilita aos cidadãos realizar os mais diversos negócios pelos meios eletrônicos.

Comércio eletrônico é uma modalidade de compra à distância, consistente na aquisição de bens e/ou serviços, através de equipamentos eletrônicos de tratamento e armazenamento de dados, nos quais são transmitidas e recebidas informações (BRUNO, 2001).

Nesse diálogo Ventura (2001) concorda com Bruno (2001) ao delinear que "o comércio eletrônico se explica básica e simplesmente como uma operação que consiste em comprar e vender mercadorias ou prestar serviços por meio eletrônico".

Salienta-se que a tendência do comércio eletrônico se encontra em significativa expansão, mediante as inúmeras redes que possibilitam a automatização de diversos itens para os indivíduos consumidores.

3 DIREITO DO CONSUMIDOR

Satifeito a exposição histórica do comércio e conceituação de comércio eletrônico faz se necessário adentrar a leitura das normas que tutelam a proteção do consumidor. São elas o Código de Defesa do Consumidor (CDC) lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. O Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013 e Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014

3.1 LEI Nº 8.078 DE 11 DE SETEMBRO DE 1990 – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi promulgado em 1990 para assegurar que as relações de consumo não sejam prejudiciais ao cidadão.

Com a crescente preocupação com a cidadania, a Constituição Federal e 1988 lançou os seus olhares para a situação de vulnerabilidade dos consumidores em geral, pois, o Código do Consumidor não surgiu por mero acaso, ou por iniciativa isolada de algum grupo político (SOUZA; WERNER e NEVES, 2018, p. 07).

O código de Defesa do consumidor possui fundamento constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXII. Os pressupostos para a concretização da defesa do consumidor foram inseridos como princípios que regulamentam a atividade econômica, disciplinada pelo art. 170 da Constituição Federal, que incluiu o inciso V da defesa do consumidor com o escopo de direito de dignidade para o indivíduo conforme os ditames da justiça social.

Todavia, essas determinações não poderiam ser esquecidas, assim, a Constituição Federal legitimou o artigo 48 que ressalta:

O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. Nada poderia ser mais enfático, tanto assim que, embora o prazo cominado não tivesse sido rigorosamente cumprido, como é praxe, em nosso país, a ordem foi

obedecida, com louvável e surpreendente rapidez, em termos de tramitação legislativa (BRASIL, 1988).

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias foi instituído, transformou-se na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990:

Art 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias. (BRASIL, 1990)

O direito do consumidor se consolidou pelo artigo 6º:

O artigo 6º do CDC apresenta os direitos básicos do consumidor, dentre eles:

- a) Educação e divulgação sobre o consumo adequado e correto dos produtos e serviços;
- b) Proteção da vida, da saúde e da segurança;
- c) Informações (quantidade, qualidade, composição, característica e preço) sobre os produtos e serviços;
- d) Proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (caso seja enganado tem o direito de trocar o produto ou ter o dinheiro de volta);
- e) Qualidade e eficiência dos serviços públicos em geral (BRASIL, 1990)

Miranda (2008, p. 01), definiu que é considerado consumidor “toda pessoa ou empresa que numa relação de consumo, adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, ou seja, para satisfazer suas próprias necessidades”. Para tanto, “é considerado fornecedor todo aquele que produz, distribui ou comercializa produtos ou presta serviços”.

Desta maneira, frisa-se que o consumidor é o cidadão que tem a proteção de seus direitos legitimados na obtenção de produtos e serviços, que possam gerir riscos, ou até mesmo, por não receber o produto ou serviço conforme a

especificação, quantidade, características, e preço, ou por, ter recebido informações errôneas, solicitando reparação de danos causados por transtornos ou prejuízos.

Ademais, Miranda (2008, p. 05), enfatiza os direitos básicos do consumidor.

a) Proteção à vida e à saúde - Antes de comprar um produto, ou utilizar um serviço, o consumidor deve ser avisado pelo fornecedor, dos possíveis riscos que ele possa oferecer à sua saúde ou segurança.

b) Educação para o consumo –Todo o consumidor tem direito a receber orientação sobre o consumo adequado e correto de cada produto ou serviço.

c) Escolha de produtos e serviços -O consumidor deve ter assegurado a liberdade de escolha dos produtos e serviços e a igualdade das contratações.

d) Informação -Ao entrar em um estabelecimento comercial ou contratar alguma empresa de serviços, o consumidor tem o direito de ser informado de maneira clara e objetiva dos diferentes produtos e serviços oferecidos, com especificações corretas quanto: a quantidade, característica, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que eles possam apresentar decorrente do uso inadequado.

e) Proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva –O Código garante proteção ao consumidor contra métodos comerciais, desleais, práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

f) Proteção contratual -O Código tornou possível fazer mudanças em cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou revisão em razão de fatos posteriores que possam causar dificuldade no cumprimento do mesmo por ter se tornado excessivamente oneroso.

g) Indenização -Caso haja algum descumprimento ou falha nos serviços prestados o consumidor tem o direito de ter a reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos.

h) Acesso à justiça - O Código garante ao consumidor o acesso à justiça através dos órgãos judiciários, administrativos e técnicos e assegura a proteção jurídica aos necessitados.

- i) Facilitação da defesa de seus direitos -O Código facilita a defesa dos direitos do consumidor permitindo até que em certos casos, seja invertido o ônus gasto para provar os fatos.
- j) Qualidade dos serviços públicos -Existem normas no Código de Defesa do Consumidor que asseguram a prestação de serviços públicos de qualidade, assim como o bom atendimento ao consumidor pelos órgãos públicos ou empresas concessionárias desses serviços.

Não obstante, Cavalieri (2011, p. 15) afirma que “o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, que se destina a efetivar no plano infraconstitucional, os princípios constitucionais de proteção e defesa do consumidor”.

O autor aponta que sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, as normas tangenciadoras do direito devem ser aplicadas em todos os ramos da ciência jurídica onde ocorrem relações de consumo.

Por fim, Souza, Werner e Neves (2018, p. 70), além do acesso ao “Poder Judiciário por meio do exercício do direito de ação, assegura-se o diploma consumerista o direito de acesso aos órgãos administrativos, a fim de garantir a mais ampla e efetiva proteção ao consumidor”.

Além disso, os consumidores possuem livre acesso aos órgãos de proteção e defesa do consumidor, como o PROCON, por exemplo, a fim de ter atendida a sua pretensão de satisfação de seu direito.

Embora o Código de Defesa do consumidor seja um grande avanço nele não estava previsto essa mudança no comportamento consumerista da sociedade, por isso não existe nele, referência ao consumo online, não faz uma menção específica sobre o assunto.

3.2 O DECRETO Nº 7.962, de 15 DE MARÇO DE 2013

Diante dos pressupostos de promover ao cidadão as intervenções necessárias para o seu direito enquanto consumidor, no dia 15 de março do ano de 2013, o Poder executivo sancionou o Decreto nº 7.962, que instituía em dirimir algumas das controvérsias que envolviam o comércio eletrônico e a celebração de contratos de consumo no meio eletrônico (SOUZA; WERNER e NEVES, 2018, p. 452).

Após 14 (quatorze) anos da legitimação do CDC, surgiu o referido decreto, este documento norteador nasceu com a previsão de que o descumprimento das normas relacionada ao direito do consumidor fossem aplicadas.

Ademais, as penas do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, assegura que a violação do direito poderá resultar para a empresa infratora: multa, cassação do registro junto ao órgão competente, proibição na fabricação do produto e suspensão temporária da atividade (BRASIL, 1990).

Seguidamente, Nunes (2019, p. 696), explicita os artigos 1º e 2º, do Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, no qual instituiu os direitos dos consumidores na contratação de compras via internet:

Art. 1º dos direitos básicos:

- a) o fornecimento de informações claras a respeito do produto, do serviço e do fornecedor;
- b) o atendimento facilitado ao consumidor;
- c) o respeito ao direito de arrependimento.

Art. 2º determina que os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

- a) o nome empresarial e o número de inscrição do fornecedor no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ);
- b) o endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

- c) as características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;
- d) a discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;
- e) as condições integrais da oferta, incluídas as modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto;
- f) informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta. (BRASIL, 2013).

Assim, o decreto promulgado visa a garantia do atendimento facilitado ao consumidor, no qual o fornecedor deverá de acordo com Nunes (2019, p. 832):

- a) apresentar um sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos. Não nos esqueçamos da regra do § 4o do art. 54 do CDC, que determina que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor devem ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.
- b) fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;
- c) confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;
- d) disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;
- e) manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;
- f) confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor pelo mesmo meio empregado por ele;
- g) utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor. Anote-se que o fornecedor tem cinco dias para encaminhar resposta ao

consumidor sobre as demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato.

O decreto regulamentou de forma expressa o direito de arrependimento, já garantido pelo Código de Defesa do Consumidor. E como já exposto o descumprimento das elencadas regras trazidas pelo decreto, mensura que as empresas poderão sofrer punições que variam de multa, apreensão dos produtos, cassação do registro e proibição da fabricação do produto, bem como interdição do estabelecimento e até intervenção administrativa.

Nas compras eletrônicas prevalece inúmeras infrações e abusos aos direitos dos usuários consumidores no que diz respeito à comunicação e transparência, tem o suporte jurídico no decreto exposto.

3.3 LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014

Com o intuito de abranger o mercado tão dinâmico do comércio eletrônico instituiu-se lei nº 12.965, de 23 de abril 2014, que regulamentou o uso da internet no Brasil. A referida lei também chamada de Marco Civil da Internet assegura os direitos e os deveres dos usuários e das empresas provedoras de acesso e serviços online.

Os temas abordados foram desenvolvidos com ajuda da população por meio de audiências públicas em todo o Brasil, para a defesa dos direitos e garantias do usuário de internet. Traz em seu escopo consideráveis pontos, dentre os quais, podemos destacar a neutralidade de rede, liberdade de expressão, da privacidade dos usuários e dos direitos humanos.

O termo "neutralidade" está expressa na lei a qual prevê no artigo 9º que as operadoras devem "tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem

fazer distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação". É também tratada no inciso IV, do artigo 3º, e no Capítulo III, da lei Federal 12.965/14.

A neutralidade foi adotada pelo Marco Civil para garantir aos usuáriorsa plenitude de seus atos relacionados a sua liberdade em termos de criar, inventar, escolher e acessar os diversos aplicativos sem interferência de outros.

A lei também menciona sobre a Liberdade de expressão que visa garantir a segurança jurídica ao provedor de Internet e dos usuários conforme o artigo 19: "o legislador definiu que somente após ordem judicial específica, o provedor estará obrigado a retirar conteúdo de seus usuários publicados em seu domínio" (BRASIL, 2014).

Assim, a intencionalidade do Marco Civil viabiliza atenção especial ao sigilo de dados pessoais, a privacidade, de forma a prevenir ao usuário o controle de seus dados. Dessa forma os contratos devem vim com as informações do contratante, e os mecanismos que serão utilizados para a proteção desses dados coletados.

A afirmativa é entendida mediante o Art. 7º da Lei nº 12.965:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet (BRASIL, 2014).

O objetivo da lei é o estabelecimento dos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, determinando ainda as diretrizes de atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação a matéria.

4 A EFICÁCIA DA PROTEÇÃO DADA AO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO MEDIANTE LEVANTAMENTO DE DADOS

Depois de discorridos sobre o a historicidade do comércio, a definição de comércio eletrônico, e todos os dispositivos que asseguram o direito ao consumidor, pontuamos nessa seção os dados encontrados mediante informações quantitativas do PROCON da cidade de Campinas, como espelho para as demais unidades federativas do Brasil. O tratamento das informações obtidas visa enfatizar a eficácia das leis e decretos criados para regulamentar o consumo através de meios eletrônicos/online.

No Brasil existem duas categorias de empresas que usam o comércio eletrônico para alcançar os clientes: a primeira refere-se às grandes empresas que são pioneiras no ramo; e a segunda são empresas médias e pequenas que trabalham de maneira diversificada através de telefonia por meio de lojas virtuais.

Uma loja virtual é o site de uma única empresa por meio do qual são vendidos produtos ou serviços. Ela pode pertencer ao fabricante (por exemplo, geappliances.com), a um varejista (por exemplo, walmart.com), e a pessoas físicas que vendem a partir de suas casas, etc. (TURBAN; KING, 2004, p.37).

A apresentação dos produtos para os consumidores pode ser realizada através de sites, páginas, instagram, apps, whatsapp, redes sociais, etc.

4.1 PROCON DE CAMPINAS - SP

Para consubstanciar os dados da pesquisa, procuraram-se dados fornecidos pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON do município de Campinas, pertencente ao Estado de São Paulo.

O PROCON é uma instituição vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania que tem como tratativa legitimar nos termos jurídicos do direito o encaminhamento de reclamações de forma individual ou coletiva que são

apresentadas pela população, bem como, desenvolver orientações aos consumidores acerca de seus direitos.

Os dados apresentados foram disponibilizados pelo site do PROCON² mediante relatório dos atendimentos efetivados no ano de 2018, no que tange a aquisição de produtos através do comércio eletrônico.

O relatório discorre que dentre os 10 (dez) segmentos com maior índice de reclamação de consumidores no ano de 2018 registrados no PROCON estão em primeiro lugar o serviço do comércio eletrônico referente à telefonia móvel e no segundo lugar estão as vendas pela internet.

Observe a figura abaixo:

Figura nº 01 – Empresas mais reclamadas em 2018

²Disponível em: <https://procon.campinas.sp.gov.br/atendimento>. Acessado em 02 de fev. 2019.

POSIÇÃO	GRUPO RECLAMADO	SEGMENTOS RECLAMADOS	TIPIFICAÇÃO MAIS RECLAMADA	TOTAL
01º	CLARO / NET CAMPINAS / EMBRATEL	TELEFONIA MÓVEL PROVEDORES DE TV PROVEDORES DE INTERNET TELEFONIA FIXA TELEFONIA DDD/DDI	CDC ART. 42 – COBRANÇA ABUSIVA	4.282
02º	VIVO / TELEFONICA / GVT	TELEFONIA FIXA PROVEDORES DE INTERNET TELEFONIA MÓVEL PROVEDORES DE TV TELEFONIA DDD/DDI	CDC ART. 20 VICIO DE SERVIÇO	2.596
03º	GRUPO VIA VAREJO - CASAS BAHIA E PONTO FRIO GRUPO CNOVA.COM - PONTOFRIO.COM / EXTRA.COM / CASASBAHIA.COM/ SUANOVA.COM	MAGAZINES COMÉRCIO ELETRÔNICO	CDC ART. 35 DESCUMPRIMENTO DE OFERTA	1.568
04º	GRUPO BRADESCO – BANCO – SEGUROS – CAPITALIZAÇÃO E PREVIDÊNCIA – HSBC BANCO	CARTÕES DE CRÉDITO BANCOS FINANCEIRAS SEGUROS CONSORCIOS, PREVIDÊNCIA E CAPITALIZAÇÃO PLANOS DE SAÚDE	CDC ART. 42 – COBRANÇA ABUSIVA	1.525
05º	TIM CELULAR – OPERADORA DE TELEFONIA MÓVEL	TELEFONIA MÓVEL PROVEDORES DE INTERNET TELEFONIA FIXA	CDC ART. 42 – COBRANÇA ABUSIVA	1.404
06º	ITAU – LUIZACRED – GARANTEC – REDECARD OUVIDORIA ITAU BMG CONSIGNADOS	CARTÕES DE CRÉDITO BANCOS FINANCEIRAS SEGUROS CONSORCIOS	CDC ART. 06 DIREITOS BASICOS	814
07º	GRUPO FAC ANHANGUERA	ESCOLAS PRIVADAS	CDC ART. 06 DIREITOS BASICOS	664
08º	SKY TV A CABO	PROVEDORES DE TV A CABO	CDC ART. 35 DESCUMPRIMENTO DE OFERTA	651
09º	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	BANCOS CARTÕES DE CRÉDITO SEGUROS PLANO ODONTOLÓGICO	CDC ART. 06 DIREITOS BASICOS	639
10º	OI OPERADORA	TELEFONIA MÓVEL PROVEDORES DE INTERNET TELEFONIA DDD/DDI TELEFONIA FIXA	CDC ART. 42 COBRANÇA ABUSIVA	636

Fonte: PROCON – CAMPINAS - 2018

A figura nº 01 representa as dez empresas pelos quais foram reclamados os serviços e produtos disponibilizados para o consumidor e o quantitativo de registros feitos de forma individualizada. Na 1ª posição encontra-se a reclamação de telefonia móvel, provedores de TV, telefonia fica e telefonia de DDD/DDI que totalizou 4.282 registros.

Além desses serviços tiveram-se os registros referentes a magazines, bancos, financeiras, comércio eletrônico, planos de saúde, cartões de crédito, escolas privadas, seguro e consórcios, que totalizou 14.779 reclamações das que lideram o rank.

No que se refere especificamente as questões relacionadas ao comércio eletrônico no ano de 2018, apresenta-se a figura a seguir:

Figura nº 02 – Dados comércio eletrônico – 2018

COMERCIO ELETRONICO

CNOVA (CASAS BAHIA, EXTRA E PONTO FRIO.COM)
AMERICANAS.COM
MERCADO LIVRE
MAGAZINE LUIZA
MERCADO PAGO

Fonte: PROCON – CAMPINAS – 2018

Os registros relacionados ao comércio eletrônico mostrado pela figura nº 2 indica as empresas mais reclamadas por segmento no ano de 2018, no comércio eletrônico foram: CNOVA, Americanas, Mercado Livre, Magazine Luiza e Mercado Pago.

Os registros efetivados são de empresas de grande porte que trabalham diariamente com a venda de produtos direto ao consumidor através da internet. Dentre essas empresas estão pioneiras em trazer para o Brasil a cultura da venda de produtos por meio eletrônico.

Ressalta-se que são empresas que possuem uma diversidade de produtos que são atrativos para o consumidor.

É importante frisar que existem empresas de pequeno porte que também realiza o comércio eletrônico de produtos no Brasil, porém, os dados apontaram que os registros evidenciados foram das empresas supracitadas.

Ademais, Faria e Filho, [...] pequenas empresas ainda estão em fase de aprendizado da importância do comércio eletrônico, como ele pode incrementar e quais desafios enfrentarão para se inserir competitivamente neste novo mercado de negócios (2002, p. 26).

Nesse novo mercado cabe as empresas investirem em novos meios para se manter e conseguir desenvolver mecanismos inovadores para a divulgação dos serviços e produtos que possa facilitar ainda mais o dia a dia de seus clientes respeitando o direito do consumidor.

Para instituir os direitos do consumidor o PROCON segue a determinação da legislação e o CDC para efetivar o cumprimento das questões jurídicas referente a

devolução, restituição ou troca para a solução do problema para o cidadão. Sendo estes configurados na figura a seguir:

Figura nº 03 – Artigos CDC – 2018

TIPIFICAÇÃO	TOTAL
CDC ART. 20 VICIO DE SERVIÇO	7115
CDC ART. 06 DIREITOS BASICOS	6775
CDC ART. 42 COBRANÇA ABUSIVA	6185
CDC ART. 35 DESCUMPRIMENTO DE OFERTA	5044
CDC ART. 18 VICIO DE PRODUTO	2342
CDC ART. 39 PRATICA COMERCIAL ABUSIVA	1323
CDC ART. 43 NEGATIVAÇÃO INDEVIDA	779
CDC ART. 49 ARREPENDIMENTO 07 DIAS	646
CDC ART. 31 AUSENCIA DE INFORMAÇÕES	396
CDC ART. 54 CONTRATO DE ADESÃO	365

Fonte: PROCON – CAMPINAS – 2018

A figura nº 03 apresenta que o PROCON aplicou o CDC mediante o Artigo 20 que trata do vício de serviço durante 7.115 vezes para resolução dos problemas registrados.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como

aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade (BRASIL, 1990)

Todavia, ressalta-se que outros artigos foram também utilizados para o cumprimento do direito ao consumidor.

Destarte a insuficiência de medidas que fiscalizam de forma mais ativa, nota-se através dos dados supacitados anteriormente o grande número de direitos consumeristas que estão sendo largamente desrespeitados e as empresas que lideram ranks de reclamações são empresas pioneiras no Brasil

4.2 TIPIFICAÇÃO PENAL

O mundo virtual é vasto, por isso é imprescindível a efetivação das leis para qualquer forma de fraude no sentido de enganar o consumidor através do comércio eletrônico. A insuficiência de legislação específica contra os crimes cibernéticos no Brasil, em muitos casos causa a impunidade dos criminosos ou efetivam penas irrisórias.

Todavia, com o avançar tecnológico se torna fundamental uma legislação que defina as condutas criminosas praticadas no meio virtual, com penas destinadas aos resultados danosos que estes produzem para o consumidor.

Para a punição desses crimes é aplicado o princípio da analogia no Brasil. Muitas vezes Este é usado como o único princípio capaz de não deixar o infrator impune.

São exemplos de normas aplicadas, com a utilização da analogia, aos crimes virtuais que podem desencadear em casos do comércio eletrônico: Calúnia (art. 138 do Código Penal); Difamação (art. 139 do Código Penal); Injúria (art. 140 do Código Penal); Ameaça (art. 147 do Código Penal); Furto (art. 155 do Código Penal); Dano (art. 163 do Código Penal); Apropriação indébita (art. 168 do Código Penal); Estelionato (art. 171 do Código Penal); Violação ao direito autoral (art. 184 do

Código Penal); Pedofilia (art. 247 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente); Crime contra a propriedade industrial (art. 183 e ss. da Lei nº 9.279/96); Interceptação de comunicações de informática (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Interceptação de E-mail Comercial ou Pessoal (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Crimes contra software - "Pirataria" (art. 12 da Lei nº 9.609/98) (CARNEIRO, 2012, p. 1).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se ao final dessa pesquisa compreendendo que a Internet criou uma revolução nos meios de comunicação global, e está alterando as possibilidades comerciais no Brasil e em todo o mundo. O comércio eletrônico está cada dia se consolidando como o canal mais eficiente de interligação entre empresas e consumidores.

Assim é preciso haver condições para que predomine neste ambiente a confiança e a proteção daqueles que desfrutam dessa modalidade de consumo. Todavia, para evitar transtornos para os consumidores se faz imprescindível que ocorra transparência na tramitação dos produtos ofertados pela internet, sigilo dos dados entre outros aspectos já expressos pelo Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013 e Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. O que era extremamente necessário dado a vertente que o código de defesa do consumidor lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 por si só não comporta esse assunto devido ser anterior a todas essas mudanças no mundo consumerista.

É necessário reconhecer que embora existam leis e decretos que tutelam essa modalidade de compra, se faz indispensável no comércio eletrônico o reconhecimento de suas limitações e omissões como nos crimes contra o direito do consumidor.

Ao analisar os dados referentes às informações disponibilizadas pelo PROCON de Campinas-SP como espelho para as demais unidades federativas no Brasil, percebeu-se que existem muitas reclamações e conforme dados apresentados totalizaram 14.779 registros só das 10 empresas mais reclamadas. O comércio eletrônico está em segundo lugar em segmentos mais reclamados o que possibilita ver que não existe eficácia na proteção dos consumidores que adquirem produtos através do comércio eletrônico uma vez que as empresas pioneiras no Brasil são conhecedoras dos direitos do consumidor, porém são elas que lideram os ranks de reclamações.

Nesse sentido, ainda existe a necessidade de leis reguladoras e mecanismos para a aplicação dos parâmetros jurídicos existentes quanto aos direitos, deveres e responsabilidades dos que operam no ambiente virtual, a vulnerabilidade do consumidor diante do comércio eletrônico é evidente.

Por fim, percebe-se através dessa pesquisa a importância de uma reflexão por parte dos consumidores ao adquirir produtos pela internet, pois, antes de efetivar as suas compras, é preciso conhecer primeiramente as bases legais e jurídicas desse comércio eletrônico.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília. 1988.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor e normas correlatas**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.962/2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.965/2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, Brasília. 2014.

BRUNO, Gilberto Marques. As relações do "business toconsumer (B2C) no âmbito do e-commerce. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/2319>>. Acessado em 22 de fev. 2019.

CARNEIRO, A. G. **Crimes Virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. *Ambito Jurídico*, Rio Grande, 15, n. 99, abr. 2012. <Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529>. Acessado em 27 de fev. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIA, P. A. P.; FILHO, F. R. J. **O CE como uma nova arena competitiva para as micro, pequenas e médias empresas brasileiras**. In: XXII ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO - 2002, Paraná, 23 a 25 de outubro de 2002.

FERREIRA, Denis. **Comércio: Origem e Definição**. 2017. Disponível em: <<http://admsemsegredos.com/comercio-origem-e-definicao>>. Acessado em 10 de mai. 2019.

MACHADO, Karina de Arêa Leão. **Contratos Eletrônicos**. 2008. <Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27439-27449-1-PB.pdf>>. Acessado em: 10 mai. 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Introdução ao Direito do Consumidor**. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Marques, Claudia Lima. Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Maria Bernadete. O Direito do Consumidor Aplicado aos Dias Atuais. **Revista Virtual Direito Brasil** V.2, N.1, 2008.

NAKAMURA, André Massami. **Comércio Eletrônico riscos nas compras pela internet**. Faculdade de Tecnologia de São Paulo. São Paulo. 2011.

NOVAES, Antônio Galvão. **Logística e gerenciamento da cadeia de distribuição: estratégia, operação e avaliação.** Rio de Janeiro: Campus, 2007.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 13.ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

PIMENTEL, Manoel Pedro, **O crime e a pena na atualidade.** São Paulo, revista dos tribunais, 1983.

SOUZA, Sylvio Capanema de. WERNER, José Guilherme Vasi. NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito do consumidor.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TURBAN, Efraim; KING, David. **Comércio eletrônico: estratégia e gestão.** Trad. Arlete Simille Marques; revisão técnica Belmiro João, Erico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

VENTURA, Luis Henrique. **Comércio e Contratos eletrônicos.** 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2001.

OS DESAFIOS DOS NEGÓCIOS DISRUPTIVOS FACE AS REGULAMENTAÇÕES EXISTENTES NA ECONOMIA BRASILEIRA: OBSTÁCULOS À PROSPERIDADE DE NOVOS EMPREENDEDORES

SARA HELLEN SILVA MARTINS: advogada, formada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Além de Co-Fundadora da Escola de Advogados, onde atualmente exerce o cargo de Diretora de Conteúdo. Atua ainda como Vice-Presidente da Comissão de Jovens Advogados da Subseção de Imperatriz/MA.

RESUMO: O presente trabalho tem por desígnio a análise dos *Desafios dos negócios disruptivos* com enfoque nas regulamentações e demais leis semelhantes no Brasil atentando-se especialmente para os fatores que conduzem a elaboração de tais normas. No intuito de atingir tal finalidade, realiza-se uma investigação acerca da origem da ideia de negócios disruptivos, bem como seus agentes, e ainda uma avaliação acerca das diretrizes vigentes além de fatores externos que afetam a sua elaboração e o seu conseqüente reflexo no desenvolvimento do País.

Palavras-chave: Regulamentações – Disrupção – Empreendedor – Inovação – Economia.

Sumário: 1 Introdução; 2 Breve análise acerca da disrupção no mercado de negócios inovadores; 3 Avaliação acerca das regulamentações existentes no Brasil; 4 Da relevância de uma regulamentação permissiva para o crescimento e inovação; 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do seu desenvolvimento, a sociedade passou por diversos ciclos de inovação. Desde ciclos mais lentos até fases de velocidade avassaladora. Ainda em 1965 um funcionário da Intel, multinacional do ramo da tecnologia, formulou a "*Lei de Moore*" que prevê que o número de transistores em um microchip dobraria a cada 18 meses elevando, assim, a capacidade de processamento. Atualmente, a Lei de Moore se mostra quase uma realidade.

Maior capacidade de processamento, novas tecnologias, recursos mais acessíveis, e uma maior difusão do conhecimento já disponível propiciam o ambiente ideal para um processo de inovação ainda mais veloz. Curioso ressaltar que inovações ao surgirem interrompem, cessam ou radicalizam a forma como determinado processo ou serviço é realizado.

A esses ciclos metamórficos e inovadores, Joseph Schumpeter, economista e cientista político austríaco, intitulou ainda em 1939 como “destruição criativa”. Para Schumpeter, o “empresário inovador” é o responsável por incluir novos produtos ao mercado partindo da combinação mais eficiente de fatores de produção. O empreendedor seria, dessa forma, o agente incumbido da inovação e destruição criativa, sendo esta última uma força propulsora tanto do capitalismo quanto do progresso material.

Sob a ótica de Schumpeter as sociedades capitalistas seguem uma ordem não-linear e repleta de saltos inovadores, assim como entendia que todo negócio, por mais forte e estabilizado que aparentasse ser, estaria fadado ao fracasso caso não inovasse. Fato é que para Schumpeter a inovação ocorria em ondas, e nos tempos atuais tais ondas ocorrem em períodos cada vez mais curtos.

Entretanto, convém ressaltar que para a efetivação de tal processo é necessário um ambiente propício à inovação, onde o “empresário inovador” possa implementar e testar suas ideias e protótipos sem que os custos de sua iniciativa o afogue. Em outros termos, é preciso manter um ambiente desburocratizado para que a inovação floresça.

Concomitantemente à responsabilidade de manter um ecossistema convidativo aos empreendedores, há ainda uma acentuada apreensão para controlar este ambiente, as motivações encontram-se respaldadas em pilares diversos, desde controle de qualidade e proteção ao consumidor à defesa de ramos de negócios já firmados. E é justamente no percurso para equilibrar inovação e proteção que se erguem os mais variados desafios à inovação, quase sempre capeados como regulamentações.

2 BREVE ANÁLISE ACERCA DA DISRUPÇÃO NO MERCADO DE NEGÓCIOS INOVADORES

Entre aqueles que empreendem, é consenso que para administrar um negócio é necessário dinamismo. Joseph Schumpeter foi um idealista do capitalismo, possuía como um de seus objetivos a substituição da teoria estática da Economia por sua teoria Dinâmica e via o regime capitalista como a máxima expressão da inovação, produtividade e crescimento. Schumpeter acreditava ainda que o crescimento observado se devia a mudanças espontâneas e descontinuas que irrompem o equilíbrio existente e rapidamente tornam-se o novo padrão. Ao processo que irrompe e desestabiliza um modelo vigente, Schumpeter o intitulou de “destruição criativa”.

Ao descrever a figura do empresário inovador, o agente da destruição criativa, Schumpeter descreve que este atuaria em cinco frentes, seja a introdução de um novo bem, de um novo método de produção embasado a partir de uma descoberta científica inovadora, a abertura de um mercado totalmente novo, a aquisição de uma fonte de matéria-prima nova e por fim, o estabelecimento de um modo de organização diferente e até então desconhecido de qualquer indústria.

Nota-se que em qualquer uma das frentes narradas, há uma ruptura com o padrão passado, interrompendo o modelo de negócios vigente.

Cumprir ainda trazer à baila o termo “Inovação Disruptiva” que foi inicialmente cunhado por Clayton Christensen, uma das maiores autoridades em *Business Innovation*, inspirado no conceito desenhado por Shumpeter. Para entender o conceito proposto por Christen é necessário compreender primeiramente uma segunda definição, a de “inovações sustentáveis”.

Uma inovação sustentável é precisamente uma inovação que não cria um novo mercado e disputa com o mercado vigente de forma tradicional. Assim, uma inovação disruptiva seria essencialmente o oposto de uma inovação sustentável. Dentre as características basilares das inovações disruptivas, Christensen destaca as margens de lucro menores, nichos reduzidos e produtos mais simplistas.

O grande imbróglio surgido a partir desse modelo de inovação é que ao pressionar e conquistar fatias do mercado até então dominada por gigantes e corporações, pequenos empreendedores irritam milhares de pessoas, e principalmente indivíduos por vezes com poder político.

Foi o que se observou com o Uber que ao prover transformar carros privados em veículos disponíveis para transporte de pessoas desestabilizou milhares de taxistas, ou Airbnb que afetou diretamente redes hoteleiras ao prover estadias mais econômicas, ou ainda a Netflix ao fornecer conteúdo quase ilimitado de filmes, séries e documentário abalou o mercado de vídeo-locadoras, tem-se ainda por fim o Spotify que ao revolucionar a forma como música é distribuída desestabilizou o modelo de negócio das produtoras musicais.

Tão breve se destacam, esses negócios inovadores iniciam mais uma batalha, dessa vez enfrentam os modelos de negócios vigentes que se posicionam de forma patriarcal no mercado, além das regulamentações e exigências governamentais que frequentemente se erguem como verdadeiros elefantes na estrada para o crescimento desses pequenos negócios.

Ademais, o interesse maior na proteção de um ambiente favorável a empreendedores da inovação reside no fato de que inovações disruptivas levam até novos consumidores produtos que historicamente se encontravam disponíveis apenas para consumidores com muito dinheiro ou habilidades, é o que afirma Marc Andreessen, empreendedor e famoso investidor do Vale do Silício.

Vale adicionar aqui que a maior disputa entre os negócios tradicionais e negócios disruptivos ocorre no campo da burocracia. Empresários inovadores são péssimos burocratas, e burocratas são péssimos inovadores. Enquanto empresas já consolidadas possuem um departamento jurídico inteiramente dedicado a desvendar regulamentações e exigências jurídicas que sequer os redatores compreenderam totalmente seus impactos, um "empresário inovador" encontra-se desamparado diante de tal desafio.

3 AVALIAÇÃO ACERCA DAS REGULAMENTAÇÕES EXISTENTES NO BRASIL

O Brasil ocupa uma das piores colocações no ranking que avalia a facilidade de se fazer negócios, ocupando a posição 125ª da lista que avalia um total de 190 países. Os dados são do Banco Mundial^[1], que dentre outros dados calcula também a média de dias necessários para se abrir um negócio onde foi constatado a média de 80 dias para se abrir um negócio^[2], dados que colocam o Brasil atrás de países como Ruanda e Iraque.

No que se refere a negócios inovadores, o desafio torna-se ainda maior. Sobre o tema, TELLO & LIMA^[3] discorrem: *“Não é tarefa simples introduzir inovações tecnológicas no sistema administrativo brasileiro, ainda fundado em tradições exageradamente formalistas, típicas do modelo burocrático do século XIX”*. O principal fator que leva a isso refere-se a estrita vinculação positiva à lei, no modelo de regulamentação brasileiro o conteúdo de toda administração e sua atuação deve estar predeterminado em norma legal.

É compreensível o desejo do legislador, porém, ao considerar a velocidade com que inovações ocorrem, inovar passa a ser com frequência um ato violador da lei, tendo em vista que leis são, por natureza, imperativos estáticos e a sua modernização agilizaria a adaptação frente a inovações disruptivas e suas demandas.

Ademais, convém adicionar que a ideia legalista de que todo negócio e processo deve ser previsto e regulamento previamente ao seu funcionamento viola até mesmo um dos direitos assegurados pelo consagrado artigo 5 da Constituição Federal de 1988, o qual em seu inciso XIII que *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*. A autonomia de atuação deve ser a regra.

Ou seja, a liberdade para atuar e empreender livremente deve ser a regra, e não a exceção. Nossos legisladores originários previram um ambiente onde todo aquele que desejasse empreender e trabalhar, que assim o fosse capaz de fazer.

Não obstante os embaraços impostos pelas regulamentações e leis à abertura do próprio negócio, a contratação de funcionários e colaboradores pode constituir uma verdadeira angustia para muitos empreendedores. Isto ocorre principalmente em razão da legislação trabalhista vigente.

Até pouquíssimo tempo a Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT) constituía um documento intocável, e o mais incomodo, uma consolidação redigida na década de 40 que obviamente não acompanhou as mudanças e adaptações necessárias às demandas de um novo século, de uma velocidade incomparável e que demanda flexibilidade.

Felizmente, recentemente houve uma Reforma a qual, ainda que controversa entre alguns meios, apresentou inovações que mesmo sutis representam uma tentativa em adaptar-se ao cenário atual. Não obstante a tentativa de ajuste, a Reforma realizada apresentou avanços, porém, nas palavras de Carla Blanco Pousada, advogada no escritório Filhorini, Blanco e Cenciareli, no caso das negociações realizadas entre empregador e funcionário, por exemplo, ainda *“é preciso seguir uma série de formalidades, como convocar assembleia, fazer acordo, ler o documento para os empregados, protocolar no Ministério do Trabalho. Pela minha experiência, isso leva cerca de dois meses”*. Ou seja, ainda requer um lapso temporal e um processo burocrático demasiadamente grande.

Inovar requer trabalho conjunto, e regulamentações e leis que complicam tal processo, resultam ou no retardo dos avanços que um trabalho em equipe poderia prover ou a contratação informal de funcionários. Uma vez que seguir todos os aspectos demandados pela legislação representaria um atraso o qual em um mercado competitivo, pode significar a perda do *timing* (momento ideal) para lançamento de um produto ou serviço, ou seja, pode custar o próprio negócio.

Em contrapartida, há de se reconhecer iniciativas do governo brasileiro almejando o desenvolvimento tecnológico, como a Lei de Inovação Tecnológica (Lei nº 10.973 de 2004). O objetivo principal da lei é a constituição de um ambiente propício a parcerias entre universidades, institutos tecnológicos e empresa ao propiciar benefícios como o abate no imposto de renda, a possibilidade de compartilhamento de infraestrutura, equipamentos e recursos humanos, públicos e privados, bem como cria regras para a participação de pesquisador público nos processos de inovação tecnológica desenvolvidos no setor produtivo.

Porém, em razão do objetivo do caminho trilhado majoritariamente pelos empreendedores, isto é, uma via que se estende de forma independente a parcerias governamentais, a lei de Inovação Tecnológica pouco soluciona no que se refere ao problema aqui apresentado, qual seja o excesso de regulamentação frente a novos e inéditos negócios.

4 DA RELEVANCIA DE UMA REGULAMENTAÇÃO PERMISSIVA PARA O CRESCIMENTO E INOVAÇÃO

O questionamento acerca do que ocasiona o crescimento econômico em algumas sociedades e não em outras tem sido debatido ao longo de várias décadas.

Adam Thierer, pesquisador sênior do Programa de Políticas Tecnológicas do Mercatus Center na George Mason University, argumenta que, pelo menos parcialmente, as causas dessa desigualdade de crescimento está relacionada a políticas públicas que maximizam e abre espaço para o que ele denomina “experimentação social, evolução e adaptação”.

Nesse mesmo sentido é o que aduz Joel Mokyr, professor na Northwestern University em Illinois, adicionando ainda que além das políticas públicas, fatores culturais, religiosos e predisposição para mudança e ciência, elementos geográficos e ambientais, custos da mão de obra, dentre outros fatores também somam contribuições para essa diferenciação entre nações que se desenvolvem tecnológicas à frente de outras.

Ainda sobre a discussão ora apontada, a autora Virginia Postrel (1998) em seu livro “The Future and Its Enemies” aduz que em um meio favorável ao desenvolvimento, riscos e erros seriam tratados como subprodutos da experimentação. Nesse cenário, haveria uma flexibilidade para que o empreendedor e o inovador pudessem testar seus negócios e produtos liderando dessa forma a sociedade para um novo patamar de prosperidade.

A relação entre liberdade econômica e consequentemente liberdade para empreender e inovar tem reflexo direto com a prosperidade de uma nação. É o que indica ano após ano a pesquisa realizada pela Heritage Foundation e condensada no denominado “Index of Economic Freedom”. O índice repetidamente demonstra que há uma ligação intrínseca e vital entre liberdade e prosperidade, apontando que quanto mais livre é uma nação, maior é seu crescimento econômico e que os benefícios são coletados por toda a sociedade.

Nesse ínterim, ressalvados os casos em que fosse claro o dano à sociedade, deve em empreendedor ser livre para experimentação. Sem que necessite demandar prevalentemente o seu tempo ao cumprimento de regulamentações e leis que, independente do que possuam por objetivo, resultam em efeitos não previstos que coincidentemente atingem justamente o que ambicionavam proteger.

3.1 Da Invalidez do argumento acerca da regulamentação como fator necessário à qualidade de serviço e proteção ao consumidor.

Um dos principais argumentos utilizados em prol da criação de regulamentações e leis diversas é o de que o consumidor final necessita de proteção, e aparentemente somente o Governo através das suas mais diversas agências reguladoras é capaz de afirmar a segurança e qualidade necessária.

Segundo argumentam os defensores que sustentam tal raciocínio, consumidores ocupam um polo totalmente passivo na economia, não tendo suas escolhas e preferências e escolhas qualquer impacto ou incentivo para normatização e promoção de melhor qualidade em produtos e serviços, ou sequer asseguraria um padrão de qualidade suficiente ignorando por completo a mais básica das leis de economia, qual seja os incentivos.

Consumidores através de suas escolhas diárias por um serviço ou outro, um produto invés do produto concorrente exercem da forma mais eficiente possível aquilo que as agências regulamentadoras falham em realizar: penalizam produtos inferiores e valorizam produtos de boa qualidade. É o que se observa no já mencionado Uber, que disputa com um mercado de táxi extremamente regulamentado e que, portanto, deveria possuir qualidade superior, o que não acontece.

De fato, regulamentação excessiva tem o efeito reverso, é o que se pode observar ao analisar a icônica frase proferida por Rafael Sgrott, representante da empresa de telefonia Vivo, durante evento que visava discutir a abordagem perante aplicativos disruptivos:

Se há um desequilíbrio, seja por uma regra tributária, seja por regulações, precisa ser corrigido. **Tenho que executar x relatórios para comprovar minha qualidade**, mas tem uma pessoa na Califórnia **que não pensa em nada disso, só em performance e em como melhor atender o cliente.** (*grifo nosso*)

Convém ainda ressaltar a desvirtualização do objetivo primo dessas agências regulamentadoras, com efeito o Presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Cláudio Lamachia, apontou que:

A função da maioria das agências, custosas para os cofres públicos, deve ser revista. A maior parte delas têm funcionado como moeda de troca política e defensoras dos interesses das

empresas em prejuízo dos consumidores. A declaração de um dos diretores da ANS, que afirma que a agência não deve defender o consumidor, corrobora essa situação.

Ou seja, há muito a regulamentação excessiva e conseqüentemente suas agências de fiscalização tem obtido efeito muito oposto ao que se propôs, sendo necessário uma revisão e adaptação dessas agências aos novos cenários e necessidades do mercado, economia e consumidores. Cary Coglianese afirma ainda que mudanças substantivas na política de regulamentação devem ser julgadas pelo seu impacto na sociedade, também as mudanças no processo de regulamentação devem ser avaliadas pelos seus resultados.

Ademais, cristalino que o tempo o qual um empresário poderia estar dedicando a melhorar o seu negócio, acaba tendo que ser realocado para atividades não-produtivas como preencher relatórios e atravessar mares de burocracia. Por fim, como afirma Coglianese (2002): *“assim como as mudanças substantivas na política de regulamentação devem ser julgadas pelo seu impacto na sociedade, também as mudanças no processo de regulamentação devem ser avaliadas pelos seus resultados”* cabendo aos legisladores, agências e regulamentadores uma análise escrutinada acerca dos reais impactos de suas leis, regulamentos e decisões.

5 CONCLUSÃO

Por meio da indagação acerca da compreensão da velocidade com que as inovações ocorrem atualmente, bem como compreendendo a atuação das principais figuras motoras desse fenômeno, assim como uma análise ampla acerca do cenário atual quanto à barreiras e regulamentações, é possível realizar a correta dedução acerca da relevância de um ambiente próspero para que haja desenvolvimento econômico.

No cenário moderno destaca-se a figura do “empresário inovador” responsável pela transformação nomeada por Joseph Schumpeter como “destruição criativa, ou seja, a substituição de metodologias e produtos por processos e objetos inovadores que ou revolucionam e alteram a forma como determinado serviço era fornecido ou a forma de determinado produto.

Destaca-se que tal processo pode ser incômodo para àqueles já habituados ao que se encontra vigente, gerando tumulto e até mesmo conflitos. Contudo, convém ressaltar que o maior obstáculo para estes negócios não se apresenta na forma de um concorrente, mas em regulamentações e labirintos burocráticos que frequentemente contribuem para a manutenção do *status quo* no mercado.

Salienta-se ainda que a manutenção do aludido status demonstra-se prejudicial justamente àqueles que agências reguladoras e determinações afirmam ser seu público-alvo para defesa e que, por vezes, para tal efeito o poder político é utilizado de forma abusiva na criação de embaraços que além de não cumprir seu intuito inicial ainda se impõe contra novos empreendedores.

Órgãos Públicos brasileiros são notadamente reconhecidos pela demora em seus processos e procedimentos refletindo até mesmo em Índices de avaliação internacional, e tal fato possui reflexo direto na produtividade de novos negócios que, em razão do cenário atual de alta velocidade nos processos, possuem em cada minuto tempo valioso para o sucesso de seu negócio. Nota-se ainda que os efeitos refletem com mais intensidade em pequenos empreendedores tendo em vista que estes não possuem o aparato jurídico-legal necessário para desvendar toda a burocracia que precisam solucionar antes de avançar com seu produto.

Observa-se dessa forma diante de uma pesada burocracia e artifícios que constituem verdadeiras adversidades desnecessárias, regulamentações e leis antiquadas têm atado o motor do desenvolvimento, qual seja o empreendedor inovador, causando o retardo no desenvolvimento do próprio país. Ficando claro a necessidade de um ambiente permissivo em consonância com legislações e regulamentações sóbrias para que haja o crescimento e prosperidade desejados para cada nação.

REFERENCIAS

COGLIANESE, Cary, "Empirical Analysis and Administrative Law" (2002). Faculty Scholarship. 978. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/978 Acesso em: 20 jul. 2018.

HAGELIN, Rebecca. **The Link Between Freedom & Prosperity**. The Heritage Foundation. Disponível em: <https://www.heritage.org/commentary/the-link-between-freedom-prosperity>. Acesso em: 17 jul 2018.

POSTREL, Virginia. **The Future and Its Enemies**. Touchstone: New York, NY, 1998.

SCHUMPETER, Joseph Alois (1942). **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

TELLO, Diana Carolina Valencia; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v. 262, p. 153-154, jan./abr. 2013.

THE WORLD BANK. **Easy of Doing Business**. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicador/IC.BUS.EASE.XQ?locations=BR&view=chart>. Acesso em 16 jul 2018.

THE WORLD BANK. **Time Required to Start a Business**. Disponível em: https://data.worldbank.org/indicador/IC.REG.DURS?locations=BR&year_high_desc=false. Acesso em 16 jul 2018.

WORLD BANK. 2017. **Doing Business 2017: Equal Opportunity for All**. Washington, DC: World Bank. DOI: 10.1596/978-1-4648-0948-4. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO

[1] THE WORLD BANK. **Easy of Doing Business**. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicador/IC.BUS.EASE.XQ?locations=BR&view=chart>. Acesso em 16 jul 2018

[2] THE WORLD BANK. **Time Required to start a business**. Disponível em: https://data.worldbank.org/indicador/IC.REG.DURS?locations=BR&year_high_desc=false. Acesso em 16 jul 2018

A DESNECESSIDADE DO CONTATO FÍSICO PARA A CONFIGURAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

ANA FLÁVIA FARIAS PORTO: acadêmica do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins

FÁBIO BARBOSA CHAVES^[1]

(Orientador)

RESUMO: A criação do Código Penal atualmente em vigência no Brasil data do ano de 1940, momento em que foi observado as queixas da sociedade da época, no sentido de adequar o ordenamento jurídico à nova realidade. O estupro é um dos crimes sexuais que se destaca negativamente, considerado grave e objeto de repulso social. Em meio a tanta desproteção a menores vulneráveis, especialmente quanto à sua dignidade sexual, necessário destacar a importância da abordagem, seja no meio acadêmico, como também perante os precedentes oriundos do Poder Judiciário. A problematização recai na controvérsia acerca da relevância ou não do contato físico para a caracterização do delito de estupro de vulnerável. Em vista disso, foi utilizada a pesquisa bibliográfica para reunir informações que servirão de base para a construção da indagação, e a qualitativa, para estudar as particularidades da problemática em questão, visto a subjetividade do assunto. A humanização no processo e julgamento das condutas tipificadas como violência sexual praticadas em desfavor de menores deve ser tratado como condição imprescindível de validade e legitimidade de qualquer resposta que for conferida pelo Estado.

Palavras-chaves: Constitucionalização. Dignidade Humana. Estupro. Vulnerável.

ABSTRACT: *The creation of the Penal Code currently in force in Brazil dates from the year 1940, when the complaints of the society of the time were observed, not feeling to adapt the legal order to the new reality. Rape is one of the sex crimes that stands out negatively, considered serious and object of social repulsion. In the midst of such a lack of protection for vulnerable minors, especially regarding their sexual dignity, it is necessary to emphasize the importance of the approach, both in the academic arena and before the precedents coming from the Judiciary. The problematization falls on the controversy about the relevance or not of the physical contact for the characterization of the crime of rape of vulnerable. In view of this,*

bibliographical research was used to gather information that will serve as a basis for the construction of the question, and the qualitative one, to study the particularities of the problematic in question, considering the subjectivity of the subject. The humanization in the process and judgment of conduct classified as sexual violence practiced in the interests of minors should be treated as an essential condition of validity and legitimacy of any response that is conferred by the State

Keywords: *Constitutionalisation. Human dignity. Rape. Vulnerable.*

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização, a figura delitiva do crime de estupro se fez presente. Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais. Mesmo assim, o crime de estupro só passou a ter tal denominação e tratativa legislativa no Brasil no Código Penal de 1890.

O direito penal move-se conforme os anseios e necessidades sociais, uma vez que é um mecanismo de controle social, e neste contexto, as transformações sociais posteriores à década de 40 se fizeram imprescindíveis para as mudanças no diploma penal, pois o que constava dos artigos do antigo código destoava da nova realidade.

O delito atinge várias interfaces e todas têm em comum os danos pessoais, quais sejam: moral, físico, psicológico e sexual. Ademais, a dignidade sexual está coadunada à honra, direito respeitado e indubitável na Constituição Federal.

A problematização se dá em torno da compreensão do contato físico enquanto descaracterizador do crime de estupro de vulnerável, haja vista que existem atos libidinosos que, manifestamente, configuram o delito em questão, já que a dignidade sexual do vulnerável é incontestavelmente violada, hipóteses em que o agente deve ser responsabilizado pelos seus atos.

O presente artigo versará acerca do assunto utilizando o método bibliográfico, tendo como fontes obras especializadas e a legislação aplicável, voltadas ao esclarecimento e fundamentação quanto à necessidade do contato

físico entre agressor e vítima, e sua relevância para implementação da violação sexual.

Destarte, o artigo será estruturado a partir da evolução do crime de estupro no sistema jurídico penal e a reforma na legislação implementada no ano de 2009, passando pelos elementos materiais do crime contra vulnerável para, por fim, explanar os principais pontos acerca da inexigibilidade do contato físico para a sua configuração.

1 O CRIME DE ESTUPRO E A SUA EVOLUÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO PENAL

Na antiga legislação penal, violência sexual era prevista no Livro V, Título XVIII. Desde os primórdios da civilização a figura delitiva do crime de estupro se fez presente.

O Código Criminal do Império de 1830 elencou vários delitos sexuais, sob o olhar genérico do estupro, que era denominado, contra mulher honesta. A sua previsão era a aplicação da pena de prisão de três a doze anos, mais a concessão de um dote em favor da vítima. Inobstante isso, se a vítima fosse prostituta, a pena seria reduzida para 01 (um) mês a 02 (dois) anos. Ademais, não se aplicava pena para aquele que casasse com a vítima. Dessa forma, observa-se os artigos 222 ao 225 do referido Código (BRASIL, 1830):

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas – de prisão por três a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada for prostituta.

Penas – de prisão por um mez a dous annos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corporeo a alguma mulher sem que se verifique a copula carnal.

Penas – de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente à metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com Ella copula carnal.

Penas – de desterro para fora da comarca, em que residir a seduzida por um a três annos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não havendo as penas dos três artigos antecedentes os réos, em eu casarem com as offendidas.

No Código de 1890, foi previsto nos artigos 268 e 269, que abrangiam a relação sexual cominada mediante violência, mantendo o tratamento diferenciado quando a se tratava de vítima ser mulher pública ou prostituta. Dessa forma, os referidos artigos descreviam (BRASIL, 1890):

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena - de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena ser[á] augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se esturo o acto pelo qual o homem abusa com violência De uma mulher, seja virgem ou não.

No que se refere ao Código Penal de 1940, o crime de estupro somente poderia ser cometido pelos homens e exclusivamente às mulheres poderiam ser o sujeito passivo. A pena prevista era de reclusão entre 03 (três) a 08 (oito) anos. Assim, previa o art. 213: “constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos” (BRASIL, 1940).

Como se observa, não vislumbrava a probabilidade de uma mulher praticar as condutas tratadas no crime em questão. Logo, esse pensamento contribuiu para o modo de como foi feita a normatização da época, pois o entendimento do legislador era com o intuito de apenas protegê-la do homem.

Nessa vereda, para que os delitos nele abrangidos estejam em concordância com o interesse geral, o Direito Penal deve ser aplicado conforme o contexto social, além de manter-se atualizado com a época de sua aplicação. Assim, nas lições de Guilherme de Souza Nucci:

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos (NUCCI, 2010, p. 24).

A dignidade sexual é um direito fundamental, relacionado à intimidade, à vida privada e à honra. Trata-se de um direito da personalidade e, portanto, inviolável. Logo, a intimidade e a vida privada são explanadas na Carta Constitucional como valores humanos, sob a condição de direito individual, assim como em defesa do mesmo.

O Direito Penal move-se conforme os anseios e necessidades sociais, uma vez que é um mecanismo de controle social. Nesse contexto, as transformações sociais posteriores à década de 40 se fizeram imprescindíveis.

2 A REFORMA PENAL EFETIVADA EM 2009

A produção originária do Código Penal, editado em 07 de dezembro de 1940, retratava, em relação aos crimes sexuais, um maior acanhamento quanto aos costumes, ou seja, as normas eram feitas de acordo com as conveniências sociais, de forma que as infrações previstas no diploma penal buscavam proteger, antes de tudo, um mínimo ético, concernente à sexualidade exigida dos indivíduos.

A Lei nº 12.015 de 2009 promoveu mudanças substanciais no título VI do Código Penal, modificando a antiga expressão, “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”, o que evidenciou principalmente ser muito mais conveniente a aquela realidade (BRASIL, 2009).

A expressão revogada do Código buscava salvaguardar apenas os bons costumes e não a dignidade sexual. Contudo, em virtude da consagração das garantias constitucionais, juntamente com o progresso social, essa percepção foi superada, havendo a indispensabilidade de se moldar de acordo com a dignidade, bem como a liberdade sexual de cada ser humano.

O diploma penal não se volta somente à proteção de regras meramente morais ou éticas, mas conjuntamente com a defesa de bens jurídicos. Em remate, Nucci esclarece que o diploma apresentado:

[...] estava a merecer de uma autêntica reforma nesse contexto. O que o Legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, possam ser imorais ou inadequados (NUCCI, 2013, p. 960).

A vigente legislação se interessou se volta ao respeito da pessoa humana, constituindo a base do Estado Democrático de Direito. O que se evidencia, desta forma, é que na lei anterior as vítimas não eram protegidas de forma eficaz. Por tais razões os autores Bitencourt, Mirabete e Greco expressaram suas posições acerca da mudança do título do Código Penal.

Para o autor César Roberto Bitencourt (2011, p. 37) “registra que o antigo título era impróprio, na medida em que não correspondia aos bens jurídicos que o mesmo pretendia tutelar”.

Em seguida Julio Fabbrini Mirabete (2011, p. 384) “frisa que o legislador de 2009 eliminou anacronismos existentes até então, oriundos de preconceitos e moralismos arraigados na sociedade à época da elaboração do Código Penal ora vigente”.

Ao passo que Rogério Greco arremata enfim:

Que com a modificação legislativa, percebeu-se que o foco de proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual (GRECO, 2011, p. 449).

Por consequência, a Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009 unificou o estupro e o atentado violento ao pudor no art. 213 do Código Penal, de modo a evitar inúmeras confusões em relação ao tipo penal. Doravante, de acordo com o art. 213, a pena do delito aumentou de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, bem como

evidenciando a irrelevância do sujeito passivo ser do sexo feminino ou masculino:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Antes desta alteração legislativa, para que se fosse tipificado o delito do estupro era necessário a conjunção carnal, entendida como uma relação sexual entre um homem e uma mulher. Contudo, com a modificação da referida lei, o crime em questão passou a abranger qualquer ato libidinoso ou sexual que é praticado contra um sujeito passivo, sendo este homem ou mulher.

Por tais razões, a modificação da mencionada nomenclatura retrata o avanço do ordenamento penal brasileiro, que neste momento visa proteger a vítima em sua totalidade, compreendendo os crimes sexuais como uma legítima violação ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Segundo Greco:

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela de sua dignidade sexual. (GRECO, 2009, p. 522).

Nota-se que o interesse principal dessa mudança, era uma maior facilidade de o intérprete conseguir identificar qual o era o bem juridicamente preservado. Logo, a utilização de uma interpretação desvirtuada do que se estabelece na

Constituição Federal era muito menor, pois a crítica de acordo com a Carta Constitucional, é a exigência de uma nova interpretação.

Portanto, o foco central se torna a dignidade da pessoa humana, pelo viés da liberdade sexual.

O Promotor de Justiça André Estefam (2009, p. 16 - 19) registra que a necessidade de se reformar o Título VI do Código Penal surgiu com a promulgação da atual Constituição Federal, que erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. O autor ainda observa que a sexualidade deve ser pensada dentro do espaço da pessoa humana, sendo descabidos parâmetros éticos e de moralidade pública. Assim, com esta nova denominação, fica claro que se busca garantir, além da dignidade humana, a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou indenidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo.

Outrossim, a nova lei trouxe duas formas qualificadas para a infração penal ora tratada, explanando a intenção de majorar a punição daqueles que violam a liberdade sexual de outrem.

Neste passo, para quem comete o delito tipificado no caput do artigo, a pena é de reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos. Por sua vez, se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave a sanção é de 08 (oito) a 12 (doze) anos de reclusão. Se a vítima for menor de 14 (catorze) anos a condenação será de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão. Por fim, se da ação criminosa resulta morte, a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2009, p. 564 - 565).

Dentre as alterações legislativas implementadas com o advento da Lei nº 12.015/2009, e deve ser destacada está a maior proteção e atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 14 (catorze) anos, originando um tipo penal autônomo denominado "estupro de vulnerável", compenetrado no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como na livre formação da personalidade do indivíduo.

O delito está previsto no art. 217-A do Código Penal: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 08 (oito) a 15 (quinze) anos." (BRASIL, 2009, p. 565).

Por vulnerável deve-se compreender qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. Segundo Capez:

Há, contudo, que se fazer uma distinção. Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir às custas desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável. A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. (CAPEZ, 2012, p. 103).

Com esta mudança, fica nítido o interesse em buscar assegurar além da dignidade humana, a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual em si. À exceção da exploração, subjetividade sexual, além do pleno desenvolvimento da personalidade no que se alude à sexualidade de cada pessoa.

3 OS ELEMENTOS MATERIAIS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O estupro mediante violência presumida é o crime praticado contra vítima que não possa oferecer resistência, em face do seu estado físico ou mental. Em decorrência da pouca idade, a presunção da insuficiência de discernimento ou inaptidão física é absoluta. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, admitindo-se coautoria e participação. O sujeito passivo é a pessoa vulnerável ou a ela equiparada. Nos termos da lei, vulnerável é o menor de 14 (catorze) anos, presumivelmente incapaz.

Estupro de vulnerável

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para

a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (BRASIL, 2009).

Da simples leitura das elementares expressas no tipo penal do artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, nota-se que não há que se falar em necessidade de violência ou de grave ameaça para que haja tipicidade formal do crime de estupro de vulnerável. Após a reforma legislativa regida pelas disposições da Lei nº 12.015/2009, não mais se deve cogitar presunção de tais circunstâncias, pois absolutamente prescindíveis para que se caracterize formalmente o delito em questão.

O tipo penal em comento não faz alusão à condição pessoal da vítima, seja ela cônjuge, namorada, noiva, homossexual, prostituta etc. Se a conduta do agente se amolda às deliberações do artigo, este crime restará totalmente configurado. Para tanto, basta à prática de qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que haja consentimento da vítima.

Aos olhos de parte da jurisprudência, a alteração textual conseguiu solucionar definitivamente a controvérsia. A título de exemplo, julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

Saliente-se, porém, que a presunção de violência era matéria controversa, geradora de inúmeras teses doutrinárias e jurisprudenciais, já que se discutia a natureza relativa ou absoluta da mencionada presunção. Dessa forma, o legislador entendeu por expungir a questão polêmica, afastando a presunção de violência. A configuração do tipo estupro de vulnerável independe do consentimento da vítima, grave ameaça, violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do art. 217-A. (STJ, 2010).

Sob o prisma criminal, a vulnerabilidade está intimamente ligada à ideia de pessoas que não detém aptidão psicológica para compreender o caráter lascivo do ato sexual ou sequer possuem condições mínimas de normalidade psíquica para manifestar livremente seu desejo quanto à prática da relação sexual.

No entender de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 829), a vulnerabilidade contida no artigo 217-A é evidenciada no que diz respeito a: “[..] capacidade de

compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir". O objetivo do legislador foi de extinguir qualquer questão no que tange à circunstância fática, principalmente quanto à própria anuência da vítima para análise da caracterização do delito.

Segundo Capez (2012, p. 81), "a lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc." Sendo assim, a vulnerabilidade tratada no crime em questão não presume apenas a incapacidade e violência, mas diz respeito a uma proteção do Estado em relação a certas pessoas, incluindo-se nesse rol, além dos menores de 14 (catorze) anos, doentes mentais, enfermos, pessoas inconscientes, ou quaisquer outras pessoas em situação de evidente fragilidade, casos enquadrados pelo parágrafo primeiro do supracitado artigo.

Nucci também ratifica o entendimento do o novo dispositivo, sobretudo quanto ao combate às diversas espécies de violência sexual independente, da vida pregressa da vítima ou do seu consentimento, sendo assim:

O novo dispositivo legal trouxe o critério objetivo e absoluto para análise da figura típica, a determinação da idade da vítima, com o objetivo de tutelar o bem jurídico, qual seja a liberdade sexual. Vale dizer que se o agente tiver conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, independente de sua vida pregressa ou de seu consentimento, este poderá de amoldar ao tipo penal que prevê o delito de estupro de vulnerável (NUCCI, 2012, p. 965 - 973).

Portanto, é importante ressaltar que o crime é geralmente praticado longe de testemunhas ou vestígios que provem a sua ocorrência, tendo os tribunais que trabalhar com mínimos elementos e provas para a formalização da culpa do agente. Diante desse contexto, o depoimento da vítima ganha especial importância, visto que na maioria dos casos, essa é a única prova da ocorrência do delito.

4 A INEXIGIBILIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA A MATERIALIZAÇÃO DO DELITO

Como já visto, o crime de estupro de vulnerável pode ser realizado mediante duas práticas: a ocorrência de conjunção carnal ou de qualquer ato libidinoso com uma pessoa menor de 14 (catorze) anos. Entretanto, devido à grande quantidade de circunstâncias que ensejam a prática de atos libidinosos, a doutrina e a jurisprudência ainda divergem quanto à necessidade ou não de que esse ato contenha algum contato físico entre vítima e o agente, mesmo sem a presença de violência ou grave ameaça, condição esta desnecessária para a caracterização do crime em questão.

Rogério Sanches Cunha aduz pela desnecessidade do contato físico entre a vítima e o agressor:

De acordo com a maioria da doutrina, não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), somente para contemplação (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime - RT 429/380 (CUNHA, 2016, p. 460).

Ademais, também na doutrina, sobreleva a lição de Rogério Greco:

O estupro pode ser caracterizado mesmo sem contato físico: Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar (GRECO, 2016, p. 48).

Consonância a essa discussão, a 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça considerou legítima a denúncia oferecida pelo Ministério Público de Mato Grosso do Sul, contra um indivíduo acusado de pagar pessoas para levarem uma menina de 10 (dez) anos a um motel muitas vezes, onde a menor, foi forçada a tirar sua roupa para mera contemplação deste.

No caso em tela, o contato físico foi apreciado pelos relatores como sendo irrelevante para a caracterização do delito, sendo bastante apenas a contemplação lasciva. Conquanto, alguns juristas defendem que a referida decisão afronta os

princípios basilares do Direito Penal Brasileiro, tais como a proporcionalidade, razoabilidade e legalidade, o que pode gerar um perigoso precedente nos tribunais brasileiros. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PENAL. DESNECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado encontra-se em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena. RHC 70.976- MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016. (Inf. 587 do STJ, 2016)

O Ministro Joel Ilan Paciornik relatou em seu voto, juntamente acompanhado pelos demais ministros da turma, que no caso em tela, o contato físico é irrelevante para a caracterização do delito.

Percebe-se que o fato criminoso tem a sua consumação ainda que inexistente o contato físico, pois é dispensável o contato entre a vítima e o autor do crime para que ocorra o ato libidinoso. É importante mencionar que o Código Penal não trouxe a definição de ato libidinoso, deixando esse quesito a cargo da doutrina. Assim, segundo a maioria dos autores, para que se configure ato libidinoso, não se exige contato físico entre ofensor e vítima. Logo, o simples fato de o agente ficar olhando a vítima nua com o objetivo de satisfazer sua lascívia (contemplação lasciva) já será

motivo suficiente para caracterizar ato libidinoso, e conseqüentemente configurar o delito de estuprovulnerável.

Para o magistrado, a denúncia é legítima e tem fundamentação jurídica em conformidade com a doutrina atual. De acordo com a 5ª Turma do STJ:

A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos artigos 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido (STJ, 2016).

No entendimento do Ministro Ribeiro Dantas acerca do contato físico ou não para a configuração do estupro, o mesmo parte da premissa que, o conceito de estupro descrito na denúncia (sem contato físico) é compatível com a intenção do legislador ao alterar as regras a respeito do crime, tendo como seu maior objetivo a proteção do menor vulnerável. De acordo com ele, é impensável supor que esta criança não sofreu abalos emocionais em decorrência do abuso.

O vulnerável pode ser vítima de estupro sem ter o contato físico no momento em que esta satisfaz a lascívia daquele, o que pode ser caracterizado apenas com um olhar para satisfazer a libido do agressor.

Na legislação atual não existe imputação para estupro de vulnerável sem contato físico, mas esse delito tem sua punição a partir do artigo 218 do código penal, o que deveria ser mudado, pois quando a vítima é constrangida a participar de determinados atos que satisfaça o prazer sexual do agressor, deveria ser considerado como estupro de vulnerável sem contato físico.

Entretanto, alguns juristas defendem que tal decisão afronta os princípios basilares do Direito Penal Brasileiro, tais como a proporcionalidade, razoabilidade e legalidade, o que pode gerar um perigoso precedente nos tribunais brasileiros.

Tendo em vista que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são considerados hoje um dos mais importantes de todo o direito, e, em particular, do direito penal. Uma vez que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que ocasionem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável.

Assim, Cleber Masson aduz que:

O princípio da proporcionalidade funciona como forte barreira impositiva de limites ao legislador. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral. (MASSON, 2016, p. 54)

Em referência ao princípio da legalidade, é, portanto, uma das bases do ordenamento jurídico brasileiro, e todas as normas devem respeitar esta noção da nulidade de punição no caso de inexistência de regra prévia.

Porém, ainda que se leve em conta todos os princípios citados, no estupro de vulnerável há uma real lesão à vítima em face de uma conduta praticada na modalidade ato libidinoso, que é muito bem definida não no dispositivo, mas na doutrina pátria como sendo qualquer ato que vise a satisfação do desejo sexual do agente, o que leva o Estado a interferir e garantir o bem jurídico protegido pelo tipo penal.

Com efeito, declara Monica Moraes (2008), sobre a humanização da justiça em suas decisões:

Com a humanização da Justiça, as decisões judiciais certamente buscarão a efetiva justiça porque devem levar em conta não apenas o texto da lei, mas também as condições sociais dos envolvidos, e, serão sempre fundamentadas na Paz e direcionadas à busca da Paz e justiça social, pois, vale registrar que atualmente, a paz logrou a dignidade teórica de um direito, foi elevada à categoria de direito positivo, sendo o mais verdadeiro axioma da democracia" (MORAES, 2008).

Desse modo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça em condenar ao réu pela prática de estupro de vulnerável sem contato físico para que o crime de estupro de vulnerável se configure, foi de suma importância para humanizar os julgamentos.

5 A IMPUTAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEM CONTATO FÍSICO SOB ANÁLISE CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional constitui-se no ponto de confluência entre a afirmação dos postulados da racionalidade impressos pelos direitos

fundamentais e a complexidade humana, no qual ganham relevância os sentimentos.

Neste sentido, todas as medidas que interfiram nos direitos e deveres das pessoas precisam ser concretamente reguladas e protegidas pelos comandos constitucionais, sendo imprescindível que os direitos sejam materialmente garantidos mediante o exercício da lei pela tutela de juízes independentes e imparciais, e que tenham a liberdade de assegurar a fidelidade com o titular do poder constituinte originário.

Todos os princípios citados, com referência ao estupro de vulnerável, evidenciam a existência de real lesão à vítima em face de uma conduta praticada na modalidade ato libidinoso, que é muito bem definida não no dispositivo, mas na doutrina pátria como sendo qualquer ato que vise a satisfação do desejo sexual do agente, o que leva o Estado a interferir e garantir o bem jurídico protegido pelo tipo penal.

Importante ressaltar que a Constituição Federal também alude em seu texto a respeito do bem jurídico que deve ser protegido pelo tipo penal em síntese:

Art. 227, caput. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (BRASIL, 1988).

A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, (BRASIL, 1988). É um princípio constitucional que valoriza o homem e mulher como pessoa, não somente com valores morais, mas tão somente, com valores éticos e espirituais. O ser humano deve ser tratado com respeito e ser protegido pelo Estado, apesar de este não ter condições de oferecer uma proteção individualizada, de outra sorte, cabe ao sujeito tentar se proteger das melhores formas possíveis.

Ao enfatizar a dignidade humana, Rodrigo César Rebello Pinho, prescreve: “O valor da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como o absoluto respeito aos direitos fundamentais, assegurando-se condições dignas de existência para todos” (PINHO, 2006, p. 63).

Dessa forma, quando o vulnerável for constrangido à prática do ato sexual ou libidinagem, além de ter sua dignidade humana violada, a sua dignidade sexual também sofre violação, tendo em vista que o artigo 217-Ado Código Penal (alterado pela Lei 12.015/09) tutela este princípio (BRASIL, 1940).

A dignidade humana é um princípio fundamental, abrange a todos sem nenhuma exceção, é um valor moral, intrínseco, ou seja, é personalíssimo do sujeito, e por isso é necessário ter sua dignidade como pessoa protegida. Além disso, é um direito supremo, está acima dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que não há como proteger a dignidade da pessoa humana, se os direitos fundamentais não são garantidos de forma a valorizar o ser humano como pessoa, conforme se tem expresso no preâmbulo da Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, 1988).

o observar este preâmbulo, verifica-se o dever que o Estado tem em proteger e garantir a todos, uma segurança jurídica quando os direitos fundamentais são violados. Essa violabilidade rotineira pelo mesmo ente estatal, que ao invés de garantir proteção, muitas vezes viola direito de uma forma coletiva e individual.

Noutras palavras, a pessoa não pode ter seu direito sexual invadido por agressores (as) que agem com dolo e intuito de destruir a vida da pessoa vulnerável com toque físico, com palavras ou até mesmo no olhar. Sobretudo, aquilo que causa constrangimento, humilhação à sua vida privada e sua intimidade.

Mormente, o Código Penal sendo considerado o último recurso, deve ser aplicado quando não houver outros meios de solucionar o conflito e assegurar os bens jurídicos protegidos por normas e princípios fundamentais.

O Código Penal está em consonância com a Constituição Federal à medida que obedece aos requisitos do artigo 5º, em especial o inciso XLVIII (BRASIL, 1988) “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade, e o sexo do apenado”. Logo, a constitucionalização do direito penal é importante para garantir que o direito seja posto em prática nas ordens da legislação pátria.

CONCLUSÃO

Conclui-se que há pouco respaldo sobre o assunto, porém em prol da dignidade da pessoa humana, é necessária nova adequação legislativa, em especial quanto ao artigo 217-A, deixando de haver como premissa para concretização criminosa a existência e demonstração do contato físico entre vítima e o seu agressor.

A violência sexual acontece em todos os ambientes, mas definir essa caracterização na prática é uma árdua tarefa, pois muitos confundem com o princípio *bis in idem*, levando em consideração à proteção humana, quando a dignidade sexual tem sido violada. A sociedade não sabe distinguir o que pode ser considerado estupro de fato, mas tão somente aquilo que está expresso como crime na legislação penal e o que é informado nos noticiários.

Em vista dos argumentos apresentados, é primordial atualização da legislação penal em respeito à Carta Magna, uma vez que o STJ manteve sua decisão favorável sobre o assunto.

De todo exposto, conclui-se pela existência da possibilidade jurídica de imputar a autoria em face da prática do crime estupro de vulnerável, ao autor que não manteve contato físico com a vítima, mas efetivou as elementares utilizando-se de outros meios.

Tal aplicação hermenêutica trará segurança jurídica para toda sociedade, principalmente às vítimas, no entanto, sem ferir a integridade física do agente violentador, mantendo preservada a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal: **Parte Especial. 5 ed.**

São Paulo: Saraiva, 2011. v.4. p.37. Disponível em:

<<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>>. Acesso em 29 out. 2018.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02

nov. 2018.

_____. Lei nº de 16 de dezembro de 1830. Institui Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 27 out. 2018.**

_____. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. **Disciplina o Código Penal**

dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em:

**<[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-
outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html)**

outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 27 de out.

2018.

_____. Lei nº 12.015 de 7 agosto de 2009. **Dos crimes contra a dignidade**

sexual. Disponível em: **<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-
2010/2009/Lei/L12015.htm)**

[2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm)>. Acesso em 28 de out. 2018.

_____. **Decreto nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>.** Acesso em 27 out. 2018.

_____. Constituição Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso. **Presidência da República Casa Civil, 1988. s/p. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. **Acesso em: 03 de nov. 2018.**

_____. Código Penal, vade mecum/ **obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 20 ed atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.**

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: **Parte Especial 3: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública arts. 213 a 359-H do CP. 2v. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 103p.** Disponível em: <file:///C:/Users/Le%20Br/Downloads/Curso_de_Direito_Penal_-_Vol._3_-_FERNAN.pdf>. **Acesso em 30 out. 2018.**

_____, **Fernando; Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81.**

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. **v.ú. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 460p.**

ESTEFAM, André. Crimes sexuais: **comentários à Lei 12.015/2009.** São

Paulo: Saraiva, 2009. p. 16-19.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: **Parte Especial. 3v. 13 ed.** Niterói:

Impetus, 2016. p. 48.

_____, **Rogério.** Curso de Direito Penal: **Parte Especial. 3 v. 8 ed.** Rio de

Janeiro: Impetus, 2011. p. 449.

_____, **Rogério.** Curso de Direito Penal: **Parte Especial. 2 v. 2 ed.** Rio de

Janeiro: Impetus, 2009. p. 522.

MASSON, Cleber, **Direito Penal Esquematizado** – Parte Geral – vol.1 . 10ª ed. rev. atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2016. p.54.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** Parte Especial. 2 v. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 384.

MORAES, Monica Rodrigues Campos. **Humanização da Justiça:** uma abordagem conceitual. 2008. Disponível em: < <https://www.jurisway.org.br/v2/doutrinadores.asp>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra Dignidade Sexual. **Editora:**

Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010. p 24.

_____, **Guilherme de Souza.** Código Penal Comentado – **12 ed. rev. ampl. –**

Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 960.

_____, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte geral, parte especial. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 829.

_____, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 11 ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 965-973.

PINHO. Rodrigo César Rebello, **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 17 v. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63.

STJ. **EDcl no AgRg no Ag Nº 706.012** – GO 2005/ 0149051-3, Relator Ministra: LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 23/02/2010, T5 – QUINTA TURMA, Data de publicação: Dje: 22/03/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8564437/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-edcl-no-agrg-no-ag-706012-go-2005-0149051-3/inteiro-teor-13667137>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. **INF. 587. RHC 70.976** – MS, Relator Ministro: JOEL ILAN PACIORNICK, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/446861982/recurso-especial-resp-1655210-rs-2017-0035875-7/decisao-monocratica-446862055?ref=juris-tabs>>. Acesso em 01 nov. 2018.

[1] Doutor em Direito da PUCMINAS. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela PUCGOIÁS. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Professor de Graduação e Pós-graduação pela Faculdade Católica do Tocantins. E-mail: fabio.barbosa@catolica-to.edu.br

FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO E DESONERAÇÃO DO ICMS PELA LEI KANDIR NO TOCANTINS

SOLANGE MARTINS DE OLIVEIRA: acadêmica do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O tributo é uma prestação pecuniária compulsória a qual todo e qualquer cidadão está obrigado a pagar, e que, para os fins do cumprimento de sua função social deve ser revertido em benefícios para a população como um todo. A edição da Constituição Federal de 1988, trouxe uma reforma tributária pautada em maior independência tributária às finanças estaduais, municipais e distritais. O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) foi instituído como principal imposto de competência dos estados que seria regido por regulamento próprio, segundo normas gerais de lei complementar. Editada com a finalidade de trazer as normas gerais do ICMS, a Lei Kandir trouxe em seu bojo uma política de renúncia fiscal, sob argumento de fomentar desenvolvimento econômico e aumentar a competitividade no âmbito internacional. No âmbito do Tocantins, ao longo dos anos, a Lei Kandir constituiu política de renúncia fiscal extremamente prejudicial, já que a população não é diretamente beneficiada com a desoneração do ICMS.

PALAVRAS-CHAVE: Função Social do Tributo. ICMS. Lei Kandir. Tocantins. Desoneração. Desigualdade social.

ABSTRACT: The tribute is a compulsory pecuniary benefit which every citizen is obliged to pay, and which for the purposes of fulfilling his social function must be reverted to benefits for the population as a whole. The edition of the Federal Constitution of 1988, brought a tax reform based on greater tax independence to the state, municipal and district finances. The ICMS was established as the main tax of jurisdiction of the states that would be governed by its own regulation, according to general rules of complementary law. Published for the purpose of bringing the general rules of ICMS, the Kandir Law brought in its core a policy of fiscal renunciation, under the argument of fomenting economic development and

increasing the competitiveness in the international scope. Within the scope of Tocantins, over the years, the Kandir Act has constituted a policy of extremely harmful tax renunciation, since the population is not directly benefited by the ICMS tax relief.

KEYWORDS: Social Function of the Tribute. ICMS. Lei Kandir. Tocantins. Discharge. Social inequality.

1. INTRODUÇÃO

Os estudos da natureza humana demonstram que, dada peculiaridades e características ímpares, não existe uma fonte motivadora que converta todos os indivíduos de uma sociedade em condecorados trabalhadores. No entanto, o sistema capitalista confere armas poderosas para incentivar e inibir certas condutas: a meritocracia.

Por analogia, considerando o direito tributário, a meritocracia pode ser compreendida como os benefícios fiscais concedidos especificamente àqueles que praticam determinadas ações, de modo que, se de um lado o Estado renuncia determinada receita, de outro a sociedade deve ser diretamente beneficiada através dessa política de abdicação.

Entretanto, ao longo dos anos as transformações sociais e econômicas trazem à cena a necessidade de reavaliar se tais políticas de renúncia fiscal ainda surtem efeitos positivos aos cidadãos, pois a principal função da arrecadação de tributos é, ou pelo menos deveria ser, o fomento do bem comum.

Deste modo, o presente trabalho fará uma breve explanação sobre os efeitos da desoneração fiscal advinda da Lei Kandir no estado do Tocantins.

2. SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E TRIBUTO

O Sistema Tributário Nacional reúne toda e qualquer disposição normativa que rege a atividade tributária no País, ou seja, engloba desde conteúdo constitucional até regimentos da Fazenda Pública.

Considerando os aspectos introdutórios do presente tópico, o foco será restrito exclusivamente ao Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, e a Constituição Federal de 1988.

Como se sabe, o Código Tributário Nacional - CTN, é anterior a Constituição Federal de 1988 - CRFB/88, foi recebido como lei complementar, e atua como condutor de normas gerais, traçando desde diretrizes básicas até princípios orientadores do regramento tributário.

Nesse sentido, dispõe o referido Código que tributo será prestação pecuniária paga ao Estado para atender aos gastos públicos. Vejamos:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O artigo alhures, expõe de forma clara os requisitos para qualificar o principal instrumento de arrecadação do Estado, ou seja, toda e qualquer cobrança monetária relativa a atividade administrativa, que não constitua sanção, cuja instituição e cobrança decorra de lei, é considerada como tributo.

Apesar das divergências, por inteligência do disposto no artigo 145 da CRFB/88 em consonância com o artigo 5º do CTN, a corrente majoritária da doutrina, reconhece cinco espécies de tributos, sendo elas: impostos, taxas, contribuições, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios.

Outrossim, a Constituição também fez ressalvas importantes quanto a possibilidade de instituição e majoração dos tributos, de forma que, o descumprimento de qualquer dos requisitos estipulados são causa de flagrante inconstitucionalidade e, conseqüente invalidade do respectivo tributo.

Sobre a matéria em apreço, inúmeros são os aspectos a serem apreciados, porém, em razão da forma sintética que este trabalho se estrutura, nos tópicos subsequentes será feita breve explanação das características principais dos impostos com ênfase no imposto sobre operações relativas à circulação de

mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, e a relação da função social do tributo.

2.1 ASPECTOS GERAIS DOS IMPOSTOS

Os impostos são, indubitavelmente, a principal fonte de arrecadação e manutenção do Estado. São, basicamente, recursos advindos de imposições expropriatórios, pois independem de qualquer contraprestação da atividade estatal específica, conforme se compreende por dicção do artigo 16 do CTN.

As principais características dos impostos é que são tributos não vinculados, de receita não afetada, e que se fundam na capacidade contributiva do pagador.

Não obstante, os impostos são classificados em três modalidades: impostos ordinários ou privativos, impostos residuais e impostos extraordinários, resguardadas exceções e especificidades.

Em se tratando de classificação, os impostos podem ser fiscais, por ter função meramente arrecadatória; e extrafiscais, por atuar de forma direta na ordem econômica e social do país.

Via de regra, os tributos em comento são criados por lei ordinária, com a única exceção dos impostos residuais que devem ser criados por lei complementar, como no caso do imposto sobre grandes fortunas cuja previsão está no artigo 153, VII da CRFB/88.

Os impostos são regidos por princípios tributários de modo geral, no entanto, dada sua natureza expropriatória, merece destaque o princípio mestre da capacidade contributiva, pois é impossível desapropriar parcela de riqueza do indivíduo que não a possui.

Ainda traçando linhas gerais, outro aspecto importante no que se refere a tais tributos é a forma de lançamento. Olvidadas as divergências doutrinárias, considera-se que o lançamento poderá ser feito de ofício, por declaração, por homologação, segundo cada tipo de imposto.

Por disposição Constitucional, os impostos são instituídos segundo as diretrizes de competência legislativa expressamente conferida aos Entes nos artigos

153 a 156, assim a CRFB/88 dispõe de forma taxativa a lista de impostos federais, estaduais e municipais, a saber:

1. imposto sobre importação de produtos estrangeiros (II);
2. imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE);
3. imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR);
4. impostos sobre produtos industrializados (IPI);
5. imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF);
6. imposto sobre propriedade territorial rural (ITR);
7. imposto extraordinário de guerra (IEG);
8. imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD);
9. imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS);
10. imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA);
11. imposto sobre propriedade territorial urbana (IPTU);
12. imposto sobre transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (ITBI);
13. imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS); e
14. imposto sobre grandes fortunas (ISGF).

Superadas as características gerais dos impostos, os tópicos subsequentes abordarão, ainda que de forma sintética, o ICMS, que é o principal tributo de competência dos estados, e perfaz a principal receita dos respectivos entes.

2.2 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE O ICMS

O ICMS é o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, de competência dos Estados e do Distrito Federal, que tem por elemento objetivo as operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte que extrapole as fronteiras municipais ou estaduais, e constitui aproximadamente 80% da receita dos respectivos entes.

Em se tratando de previsão legal, além do inciso II do artigo 155 da CRFB/88, o ICMS também é regulado pela Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996.

A teor do dispositivo constitucional que dá ensejo ao tributo, o ICMS terá como fato gerador a circulação de mercadorias, a prestação de serviços de transporte (interestadual e intermunicipal), e a prestação de serviços de comunicação.

No que tange a sua incidência, insta ressaltar a necessidade de que haja operação econômica ou ato mercantil, tendo por finalidade o lucro, realizado com certa habitualidade e com transferência do domínio do bem para terceiro adquirente, ou seja, o ICMS somente incidirá se houver incontroversa celebração de transação econômica.

A base de cálculo do imposto poderá ser o valor da operação, o preço do serviço, ou o valor da mercadoria ou bem importado.

Por disposição dos incisos IV e V do §2º do artigo 155 da CRFB/88, os percentuais mínimos e máximos das alíquotas serão definidos por resolução do Senado Federal. Sendo que, para operações interestaduais que destinarem mercadorias ou serviços às regiões norte, nordeste, centro-oeste e Espírito Santo terão alíquota de 7%; nas operações destinadas às regiões sul e sudeste o percentual será 12%; e nas operações de importação a alíquota poderá ser de 17% ou 18%.

Em se tratando de questões constitucionais sobre o ICMS, as imunidades devem ser cautelosamente observadas. No tocante às questões tributárias, as imunidades são excludentes constitucionais de tipicidade tributária, ou seja, são situações delimitadas exclusivamente no texto constitucional que tornam determinada conduta imune a determinado tributo, no caso o ICMS. Deste modo, a CRFB/88 assim dispõe:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

Considerando a pertinência do tema com o dispositivo acima, importante analisar a imunidade garantida às operações de exportação nos termos da alínea 'a'.

Em síntese, a imunidade tributária concedida às exportações de mercadoria, constituem parcela do conjunto de benefícios fiscais aos exportadores na Constituição (Befiex Constitucional), que foi ampliado pela Emenda 42/2003 à todo tipo de exportação, independente da singularidade do produto (industrializado ou semi-elaborado).

No esteio de ponderações elementares do ICMS, o reputado tributo é considerado um imposto indireto, pois, dada natureza de seu fato gerador há possibilidade de transferência do encargo tributário a terceiro. Assim, o fornecedor da mercadoria ou do serviço, que no caso atuaria como contribuinte de direito, transmite toda a carga tributária no valor final da bem ou serviço que será pago pelo consumidor.

Quanto à sistemática de arrecadação, como regra geral, o imposto é cobrado em várias - ou todas - etapas do ciclo de produção e comercialização, com dedução da parte paga na etapa precedente para apuração do imposto a pagar em cada parte do referido ciclo (...). A competência para cobrança do ICMS é do estado de origem da operação objeto do imposto, a própria CF/1988, reconhecendo alguns dos problemas decorrentes da adoração do princípio da origem, estabeleceu alíquotas mais baixas nas transações entre estados mais ricos e mai pobres. (LEITÃO, Alejandro Leitão; IRFFI, Guilherme Irffi; LINHARES, Fabricio Linhares. Avaliação dos efeitos da Lei Kandir sobre a arrecadação de ICMS no estado do Ceará. Planejamento e Políticas Públicas, n. 39, 2013.)

A complexidade e importância do ICMS o tornam um imposto plurifásico, ou seja, um tributo que desencadeia uma série de fatos geradores e,

consequentemente, ligações diretas e indiretas com as outras espécies tributárias e constantes questionamentos na prática dos profissionais da contabilidade.

3. FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO

A historiografia relata que a partir do século XIX, alguns juristas começaram a embutir no sistema de tributação um viés humanitário, de modo que o dinheiro arrecadado pelo Estado não apenas deveria buscar o equilíbrio entre as finanças públicas, mas intervir diretamente nas relações econômicas e sociais promovendo a redistribuição de riquezas, dentre outras políticas sociais.

Posteriormente, o horror e destruição provocado pelas grandes Guerras, imprimiu nas novas constituições um caráter altruísta, de modo que o Estado deveria ser garantidor da qualidade de vida, ou seja, as políticas públicas deveriam ser desenvolvidas com o intuito de fomentar o bem comum dos cidadãos.

Analisando a legislação brasileira, exclusivamente a matéria tributária da CRFB/88, tem-se que a função social dos tributos era proporcionar ao Estado condições mínimas de retornar aos seus cidadãos/contribuintes qualidade de vida, incluindo relações econômicas de crescimento.

O objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia, privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia. Aliás, registros existem da utilização do tributo, desde a Antigüidade, com a finalidade de interferir nas atividades econômicas; mas os autores em geral apontam o uso do tributo com essa finalidade como um produto do moderno intervencionismo estatal. (de Brito Machado, Hugo. Curso de direito tributário. Malheiros, 2001.)

Assim, a função social em matéria tributária pode ser compreendida como um valor que é atribuído ao tributo na forma de um benefício real que alcança

diretamente o indivíduo contribuinte e, conseqüentemente, se estende em favor de toda a comunidade.

O emprego da função social ao tributo é, por óbvio, matéria relevante que representa importante conquista social, que se coaduna com o equilíbrio entre os estados da federação lhes garantindo autonomia e melhor qualidade de vida às suas populações.

Considerando a temática, importante suscitar o debate quanto aos princípios mais significativos que a envolvem: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da capacidade contributiva e o princípio da igualdade tributária.

Inicialmente, cumpre destacar que os princípios são base para as normas do ordenamento pátrio. Nesse sentido, insta transcrever trecho do magistério de Mattos Buffon:

É preciso levar em conta “que os princípios são dotados de um conteúdo deontológico”, e devem, por isso, estar por detrás de todas as normas, ou seja, os princípios são a base de sustentação do sistema normativo. Portanto, não se pode concordar com normas no âmbito do direito tributário, que estejam em desacordo com princípios como o da igualdade, da capacidade contributiva, etc. Isso ocorre, justamente pelo fato de que, em estando de acordo com tais postuladas, invariavelmente a tributação contribuirá a seu modo, para a máxima proteção e eficácia das garantias constitucionais, corroborando a concretização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito (BUFFON; MATOS, 2015, p.139-140).

Neste viés, constata-se que os princípios indicam padrões a serem perseguidos, no entanto, não identificam diretamente condutas que deverão ser seguidas para atingir determinado objetivo.

No que se relaciona à dignidade da pessoa humana, impresso no inciso III do artigo 1º da CRFB/88, compreende-se que todo ser humano é dotado de um valor em si mesmo, adquirido por sua mera condição de existência.

A questão que se propõe em matéria tributária é que o ente tributante fica impedido de cometer excessos ou condutas abusivas, e tem o dever de gerir o montante arrecadado de forma que retorne à comunidade na melhor forma de serviços, políticas públicas e outros mecanismos que proporcione seu desenvolvimento.

O princípio da capacidade contributiva, disposto no §1º do artigo 145 da CRFB/88, imprime o objetivo de tributar, ou extrair parcela de riqueza, segundo a possibilidade econômica de cada contribuinte, com a finalidade essencial de redistribuição da riqueza. Em síntese, o contribuinte que tiver maiores condições deverá ser tributado de forma diferente daquele que tiver menores condições, mantendo o equilíbrio das relações sociais e obstando condutas expropriatórias injustas.

Por fim, o princípio da igualdade tributária, considerado no *caput* do artigo 5º do texto Constitucional, vincula-se a assunção do Estado Democrático de Direito, e tem por objetivo assegurar, através da intervenção estatal, acesso a condições básicas de saúde, cultura e educação.

De conhecimento do arcabouço principiológico basilar apresentado acima, constata-se que a tributação é imprescindível para a manutenção das necessidades sociais, no entanto a função social do tributo é condição intrínseca para o alcance do Estado Democrático de Direito.

Embora não existam artigos expressos na Constituição Federal que determinem a utilização dos tributos para fins extrafiscais, nela há um implícito reconhecimento da faculdade que o Estado tem de utilizá-los para “promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País” (art. 151, I, in fine), para “desestimular a manutenção de propriedades improdutivas” (art. 153, § 4º, primeira parte) para facilitar “a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital” (art. 156, §2º, I, primeira parte), para garantir a “função social da propriedade” (art. 170, III), para ensejar “a redução das desigualdades regionais e sociais” (art. 170, VIII), para dispensar “tratamento favorecido para as empresas de

pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” (art. 170, IX), para favorecer “as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária” (art. 184, § 5º), para financiar “a seguridade social” (art. 195), e assim por diante (CARRAZZA, 2011, p. 754-755).

Outrossim, o legislador impôs no artigo 170 do texto Constitucional incontroversa necessidade de implementar tributos em prol do desenvolvimento comum, que, nas palavras do professor Luis Eduardo Schoueri devem ser traduzidas nas seguintes diretrizes:

-Eficiência econômica: o sistema tributário não deve interferir na alocação econômica de recursos;

-Simplicidade administrativa: o sistema tributário deve ser de administração fácil e relativamente pouco custosa;

-Flexibilidade: o sistema tributário deve ser capaz de reagir facilmente (em alguns casos automaticamente) a mudança nas circunstâncias econômicas;

-Responsabilidade política: o sistema tributário deve ser transparente;

-Equidade: o sistema tributário deve ser equitativo, diante das diferenças individuais. (SCHOUERI. 2014, p. 45)

Os preceitos que fundamentam e organizam a tributação devem desempenhar um caráter redistributivo que extrapolam os padrões arrecadatórios dos períodos anteriores.

Deste modo, a função social do tributo está diretamente atrelada ao Estado Democrático de Direito, seja diretamente através de políticas públicas de incentivos fiscais ou através da busca no equilíbrio das contas públicas.

3.1 Função Social do Tributo e Renúncia Fiscal

Conforme anteriormente explanado, a função social do tributo pode ser compreendida como um pilar edificado por um conjunto de princípios tributários, com o objetivo de garantir aos cidadãos-contribuintes condições mínimas de bem-estar, através de políticas públicas com viés econômico-social.

Neste sentido, torna-se evidente que a função social do tributo está atrelada aos valores do Estado Democrático de Direito em qualquer esfera de atuação, porém, sempre relacionado ao desenvolvimento de políticas públicas.

Em relação às políticas públicas, faz-se necessário transcrever a definição de Elenaldo Celso Teixeira:

“Políticas públicas” são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Devem ser consideradas também as “não-ações”, as omissões, como formas de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos. As políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais. (Teixeira, Elenaldo Celso. *AATR*, 2002)

A partir do ensinamento alhures, é compreende-se que tanto o conceito quanto a aplicação prática, imprimem às políticas públicas definições que conectam a organização social, o regime político e questões culturais.

Entretanto, partindo do viés tributário, as políticas públicas de renúncia fiscal, também conhecidas como benefícios, constituem termo associado a subsídios e subvenções, que está diretamente relacionado à renúncia de receita, ou renúncia fiscal.

De forma simplificada e meramente exemplificativa, a renúncia fiscal pode ser sintetizada da seguinte maneira: de um lado o ente tributante abdica determinada receita ou concede isenções e reduções nas bases de cálculo de determinado tributo, do outro determinado contribuinte(es) ou setor do mercado é diretamente beneficiado com crescimento e/ou fortalecimento econômico que, indiretamente, fomenta geração de emprego, de modo que toda a comunidade usufrui da renda gerada.

No texto do artigo 150 da CRFB/88, a renúncia fiscal é um benefício lastreado na ideia de justiça, impedindo qualquer prejuízo às noções de igualdade ou outro direito fundamental, já que tem ligação direta com o princípio da capacidade contributiva do artigo 145.

Como se percebe, a renúncia de receita tributária é um tipo de política pública muito eficaz ao contribuinte-beneficiado, no entanto, nem sempre tem o mesmo efeito no que se refere ao cumprimento do seu objetivo de contrapartida social.

4. A LEI KANDIR E A DESONERAÇÃO DO ICMS.

A reforma de 1988 teve como orientação básica descentralizar o poder de tributação da União e fortalecer os estados e municípios, sendo o ICMS o imposto com maior importância nessa fase de reorganização tributária.

Dentre tais medidas, a ampliação do regime de compensação de créditos e o aumento da independência dos estados que poderia instituir alíquotas internas em Regulamento do ICMS próprio, são as maiores alterações relacionadas à tributação indireta na CRFB/88.

Em 1988 antes da reforma tributária 79,6% do ICMS arrecadado era originado da indústria de transformação e 18,7% do setor terciário, situação abruptamente modificada a partir de 1997, pois a arrecadação alcançou percentual de 52,4% para a indústria e 45,4% no setor terciário.

No que tange a isenção do ICMS nas exportações, anteriormente restrito a produtos industrializados, a desoneração de semielaborados ficaria a cargo de lei complementar, daí o surgimento da Lei Complementar nº 65 de 15 de abril de 1991, e posteriormente da Lei Complementar 87/96.

Em 1994, com o Plano Real, ao mesmo tempo, a balança comercial brasileira passou de um superávit de US\$ 10,4 bilhões para déficits de US\$ 3,4 bi e US\$ 5,6 bi em 1996 e 1996, respectivamente. Neste momento o deputado Antônio Kandir, então ministro do Planejamento do governo Fernando Henrique Cardoso, consegue a aprovação no Congresso Nacional do Projeto de Lei Parlamentar nº 95/1996, de sua autoria, que passa a ser conhecido como Lei Kandir (Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996), estabelecendo as principais regras de cobrança do ICMS, em substituição ao Decreto-Lei nº 406 de 31 de dezembro de 1968. (LEITÃO, Alejandro Leitão; IRFFI, Guilherme Irffi; LINHARES, Fabricio Linhares. Avaliação dos efeitos da Lei Kandir sobre a arrecadação de ICMS no estado do Ceará. Planejamento e Políticas Públicas, n. 39, 2013.)

Por óbvio, a aprovação da lei, batizada como Lei Kandir, trouxe modificações quanto à legislação do ICMS, com considerável perspectiva de perda de arrecadação pelos estados, advinda da desoneração das exportações atrelada a possibilidade de aproveitamento integral de créditos tributários.

Em síntese, a lei trabalharia para estimular os setores produtivos de exportação através da desoneração fiscal, assim, os bens e serviços brasileiros comercializados seriam mais competitivos no mercado internacional.

A aprovação da referida lei aconteceu em duas fases. Na primeira, foram desonerados os produtos primários e semielaborados destinados à exportação, bem como a possibilidade de aproveitamento do ICMS pago na aquisição de máquinas e equipamentos adquiridos para produção. A segunda fase incluiria o aproveitamento do crédito do ICMS na aquisição dos materiais utilizados pelas empresas em toda e qualquer etapa da produção dos bens e serviços, todavia, tal política não foi adotada pelos estados.

O principal mecanismo que favoreceu a anuência dos estados à Lei Kandir foi a inserção de uma garantia, em caso de queda de arrecadação, que, nas palavras de Alejandro Leitão et. al:

A referida lei foi aprovada à época, com uma estratégia imediata, a qual quebrou as resistências dos estados, ao oferecer-lhes um “seguro-receita” que previa repasses automáticos em caso de queda da arrecadação, criando, desta forma um complexo mecanismo de compensação para garantir a manutenção da receita dos estados, minimizando, naquele momento, o conflito pela repartição de recursos.

Cabe ressaltar que a renúncia fiscal correspondente à parcela de receita oriunda do ICMS sobre as exportações foi aceita e apoiada pelos estados, Distrito Federal e municípios, em virtude do aumento das transferências da União em favor deles, principalmente via Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM), a partir de 1998, bem como pela promessa do governo federal de ressarcimento das perdas originadas pela Lei Kandir por meio do seguro-receita, mecanismo instituído pela própria lei.

A Lei Kandir tem como principal objetivo minorar os efeitos prejudiciais da política de estabilização das finanças e constituir um saldo positivo tanto à balança comercial quanto ao volume de investimentos da economia. Entretanto, tal situação está se constituindo em grande prejuízo aos estados da federação, uma vez que os efeitos da renúncia fiscal não são alcançados, logo, a política pública não cumpre a função social que fundamenta sua existência.

Ante o exposto, o objetivo do presente trabalho é fazer breve explanação com análise dos resultados advindos da desoneração do ICMS na exportação de produtos primários do Tocantins com foco no cumprimento da função social da política de renúncia fiscal fundada na Lei Kandir.

4.1 Desoneração da Lei Kandir no Tocantins

O cenário econômico do Tocantins encontra seu fundamento na produção e comercialização de produtos primários do agronegócio que, em sua grande maioria, são comercializados no mercado internacional - exportados.

Conforme abordado anteriormente, a reforma tributária advinda da Constituição Federal de 1988, concedeu aos estados autonomia para regulamentar

o ICMS e, conseqüentemente, instituir políticas públicas de renúncia fiscal segundo critérios independentes, desde que constitucionais.

O agronegócio é uma cadeia produtiva iniciada com a fabricação de insumos e concluída com a venda desses produtos, englobando múltiplos ramos e setores da economia, que pode ser melhor esclarecido da seguinte maneira:

“Então, o meio rural, que antigamente era apenas para cultivos e considerado como uma atividade do setor primário, perde essa característica, deixando de ser apenas rural. Graziano da Silva (1999) chega a ser drástico quando analisa essa condição colocando que está cada vez mais difícil delimitar o que é rural e o que é urbano. Mas isso que aparentemente poderia ser um tema relevante, não o é: a diferença entre o rural e o urbano é cada vez menos importante. Pode-se dizer que o rural hoje só pode ser entendido como um contínuo do urbano do ponto de vista espacial; e do ponto de vista da organização da atividade econômica, as cidades não podem mais ser identificadas apenas com a atividade industrial, nem os campos com a agricultura e a pecuária.” (GRAZIANO DA SILVA, J. O novo rural brasileiro. Campinas: Editora Unicamp, 1999).

A realidade econômica do Tocantins é exatamente o que apura o citado parágrafo. No início da vigência da Lei Kandir, a exploração da agricultura era rasteira, e os prejuízos advindos da desoneração do ICMS mínimos. Entretanto, ao longo dos anos, os avanços tecnológicos e a exploração rural no estado tiveram crescimento abrupto, de modo que o prejuízo acumulado com a renúncia de receita dos períodos de 1996 a 2016 somam-se R\$ 3,2 bilhões.

A realidade da população do Tocantins demonstra com clareza a ineficiência do programa de renúncia de receita instituído pela Lei Kandir. Se de um lado, o estado deixa de arrecadar ICMS em prol de sua população, a contrapartida a esta renúncia deveria ser o desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, social do povo, situação que não está acontecendo.

Um estudo da ONG inglesa Oxfam lançado em novembro de 2016 concluiu que menos de 1% das fazendas brasileiras concentra 45% da área rural do país. No rol das cidades mais desiguais figura Correntina, onde os latifúndios ocupam expressivos 75% da área total dos estabelecimentos agropecuários. O relatório, que compara várias bases de dados, mostra que a bonança do agronegócio fica nas mãos de poucos. Segundo o último Censo Agropecuário feito pelo IBGE em 2006, o Produto Interno Bruto (PIB) de Correntina era de R\$ 786 mil, riqueza que se dividida pelos 31 mil habitantes, daria pouco mais de R\$ 25 mil per capita. Já informações de 2012 do Cadastro Único para Programas Sociais do governo federal mostravam que a pobreza atingia 45% da população rural e 31,8% da população geral. O índice de desenvolvimento humano (IDH) do município era de 0,603 em 2010, abaixo da média nacional (0,813). E o índice de concentração fundiária da cidade é de 0,927 em uma escala onde o máximo é 1. A Oxfam fez o mesmo levantamento em outros 15 países da América Latina e constatou que prevalece na região a lógica de desenvolvimento baseada na exploração intensa dos recursos naturais que favorece a concentração de terras e riquezas nas mãos de poucas famílias, e piora os indicadores econômicos e sociais para o restante da população.

Caso emblemático deste “desenvolvimento” é o Projeto Agrícola Campos Lindos, no Tocantins. Criado em 1997, pelo governador José Siqueira Campos, o projeto é uma reforma agrária às avessas. O governo desapropriou a fazenda Santa Catarina, destinando seus 90 mil hectares para grandes produtores (dentre eles, a senadora Kátia Abreu) que pagaram apenas R\$ 10 por hectare. Mas aquelas terras não estavam vazias. “A implantação do polo de produção de grãos tocada pelo Estado ignorou as 160 famílias que viviam nessa região

da Serra do Centro, algumas há mais de cem anos. A maioria foi expulsa, algumas resistiram. Estão lá cercadas pela soja. O córrego que existia antes já não existe mais porque assoreou, se desmatou tudo”, palavras de Rafael Oliveira, agente da Comissão Pastoral da Terra (CPT) da regional Araguaia-Tocantins, que acompanha os camponeses que enfrentaram uma longa batalha nos tribunais”. (MATHIAS, Maria. Disponível em <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/mato-piba-na-fronteira-entre-a-vida-e-o-capital>. Acesso em 06/06/2019)

Conforme demonstrado, a realidade do Tocantins é que a monocultura instalada no estado colabora apenas com as multinacionais, com os grandes proprietários fundiários e os produtores do agronegócio, pois não há menor chance de desenvolvimento dos lavradores nativos.

Outrossim, a geração de emprego no estado tem prognósticos interessantes, entretanto, restritos àqueles que têm condições mínimas para o ingresso na cultura do agronegócio, impedindo o acesso da grande maioria dos produtores do estado que garantem sua subsistência explorando pequenas áreas ou através de agricultura familiar.

Ante o exposto resta incontroverso que a Lei Kandir está prejudicando gravemente o Tocantins, pois a supressão tributária fomentada gera desenvolvimento direto e indireto apenas a um setor específico da economia, de modo que tanto o pequeno produtor quanto a população de modo geral além de não conseguirem obter quaisquer vantagens advindos da renúncia, não conseguem acessar o mercado relacionado ao agronegócio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na forma estipulada pelos preceitos da Constituição Federal de 1988, denota-se que os tributos são dotados de função social, devendo ser utilizados como instrumentos de redução de desigualdade social e renda.

O ICMS, por ser o principal tributo dos estados, é regulado de forma relativamente independente por cada ente, obedecendo preceitos constitucionais para os fins sociais aos quais se destina.

Entretanto, a necessidade de um ajuste fiscal entre os Entes da federação resultou na edição da Lei Kandir, sendo que sua principal finalidade era estimular setores produtivos voltados à exportação de mercadorias e serviços, estimulando o crescimento da produção nacional e a competitividade em nível internacional. Assim, as operações de exportação seriam desoneradas do ICMS, sendo garantido aos estados um mecanismo de repasses automáticas em caso de queda de arrecadação; logo, a receita dos estados seria garantida através da promessa de ressarcimento das perdas.

Acontece que a vigência da referida lei está gerando renúncia fiscal desproporcional e injusta, ou seja, o estado está deixando de auferir receita, sem nenhuma contrapartida direta à população.

Na esfera do Tocantins, ao longo dos anos, o agronegócio se tornou a força motriz da economia do estado, com ênfase à agricultura e pecuária. Se nos primórdios da vigência da Lei Kandir, os prejuízos da renúncia eram insignificantes, nos dias atuais constituem parcela considerável, e não há qualquer proporcionalidade entre o que se renuncia e o que é revertido em desenvolvimento para a população.

A necessidade de uma reforma tributária é incontroversa. No entanto, a população tocantinense necessita de uma medida urgente que seria o ressarcimento do montante apurado pela diferença entre o valor repassado pela União desde a vigência da Lei Kandir até a publicação de nova lei complementar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Patrícia Pinheiro; KAMIMURA, Quesia Postigo. INCENTIVOS FISCAIS NO ESTADO DE TOCANTINS: 1988-2017. Revista Cereus, v. 9, n. 1, p. 76-87, 2017.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Decreto n. 8447 de 6 de maio de 2015. Brasília, D.O.U., 7 de maio de 2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. Brasil: Malheiros Editores, 2006.

BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. Tributação no Brasil do século XXI: uma abordagem hermeneuticamente crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CALIENDO, Paulo. Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 9 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

CASTILLO, Ricardo et al. Regiões do agronegócio, novas relações campo-cidade e reestruturação urbana. Revista da ANPEGE, v. 12, n. 18, p. 265-288, 2016.

CIFUENTES, Joaquín Eduardo Manchola. "Agronegócio e acumulação por espoliação: o enclave da soja em Campos Lindos (TO)." Sociedade e Estado, 2014.

DE ABREU, Mônica Cavalcanti Sá. O Impacto da Desoneração do ICMS nas Exportações sobre a Arrecadação no Ceará.

ESTIGARA, Adriana; PEREIRA, Reni; LEWIS, Sandra Aparecida Lopes Barbon. Responsabilidade social e incentivos fiscais. Atlas, 2009.

FORNARO, Alexandre Caselli. "Logística e agronegócio globalizado no Estado do Tocantins: um estudo sobre a expansão das fronteiras agrícolas modernas no território brasileiro."(2012), disponível em

<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/286703>, acesso em 25/06/2017.

GONÇALVES, Eduarda Cristina de Souza. A empresa e a função social dos tributos. BS thesis. 2017. Disponível em <https://intranet.univates.br/bdu/handle/10737/1343>. Acesso em 25/06/2017.

GRAZIANO DA SILVA, J. O novo rural brasileiro. Campinas: Editora Unicamp, 1999.

GUILHOTO, Joaquim JM, et al. A importância do agronegócio familiar no Brasil. Revista de Economia e Sociologia Rural 44.3 (2006): 355-382.

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. São Paulo: Atlas, 2014.

HEREDIA, Beatriz, Moacir Palmeira, and Sergio Pereira Leite. Sociedade e Economia do Agronegócio. Revista Brasileira de Ciências Sociais 25.74 (2010).

LEITÃO, Alejandro Leitão; IRFFI, Guilherme Irffi; LINHARES, Fabricio Linhares. Avaliação dos efeitos da Lei Kandir sobre a arrecadação de ICMS no estado do Ceará. Planejamento e Políticas Públicas, n. 39, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Judas Tadeu Grassi. JÚNIOR, João Batista Padilha. Agronegócio: uma abordagem econômica. Pearson Prentice Hall, 2007.

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

OLIVEIRA, Lucimara Albieri, André Luiz SANTOS, and Ana Paula Borges PEREIRA. "Análise das transformações na dinâmica urbana em dois pequenos municípios após a implantação de uma empresa multinacional de agronegócio no estado do Tocantins." Disponível em http://www.anparq.org.br/dvd-enanparq-3/htm/Artigos/SC/POSTER/SC-HDC-064_OLIVEIRA_SANTOS_PEREIRA.pdf. Acesso em 25/06/2017.

REZENDE, Fernando. O processo da reforma tributária, 1996. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1720>. Acesso em 25/06/2017.

RODRIGUES, Waldecy, et al. Análise das estratégias de financiamento e comercialização dos produtores de soja da região de Santa Rosa do Tocantins/TO. *Informe Gepec* 14.2 (2010): 6-21. Disponível em <http://e-revista.unioeste.br/index.php/gepec/article/view/2129>. Acesso em 25/06/2017.

SAUER, Sérgio. Agricultura familiar versus agronegócio: a dinâmica sociopolítica do campo brasileiro, 2008. Disponível em <http://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/840/1/Agricultura%20familiar%20versus%20agroneg%C3%B3cio%3A%20a%20din%C3%A2mica%20sociopol%C3%ADtica%20do%20campo%20brasileiro.pdf>. Acesso em 25/06/2017.

SAYD, Patricia Dutra. Renúncia fiscal e equidade na distribuição de recursos para a saúde. Diss. 2003. Disponível em <http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4699>. Acesso em 25/06/2017.

TOCANTINS. Lei nº 1.746, de 15 de dezembro de 2006. Cria o Conselho Estadual de Desenvolvimento Econômico e o Fundo Estadual de Desenvolvimento Econômico, e adota outras providências. Diário Oficial do Estado do Tocantins nº 2.309. Disponível em: <<http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributario/Leis/lei1.746-06.pdf>>. Acesso em: 14/04/2017.

_____. Lei nº 059, de 28 de junho de 1989. Cria o Programa de Incentivo ao Desenvolvimento Econômico do Tocantins - IDE-TOCANTINS e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Tocantins nº 19. Disponível em: <http://www.al.to.gov.br/arq/AL_arquivo/6319_Lei059_89.pdf>. Acesso em: 14/04/2017.

_____. Lei Complementar no 87/1996 de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências (Lei Kandir). Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, p. 18.261, 16 set. 1996.

_____. Lei nº 109, de 21 de dezembro de 1989. Institui o Código Tributário. Diário Oficial do Estado do Tocantins nº 27. Disponível em: <<http://dtri.sefaz.to.gov.br/>>. Acesso em: 14/04/2017.

MIRANDA, Evaristo. Produtividade e Crescimento da Produção Agrícola: Limites e Desafios. Brasília, DF: Embrapa SGI, 2015. Disponível em https://www.embrapa.br/gite/apresentacoes/150415_ABISSOLOS-PAINEL_v2.pdf. Acesso em 25/06/2017

[1] Antônia Maria da Silva, Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário na Faculdade Serra do Carmo. Docente da área de Direito no Instituto Federal do Tocantins. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: *antonia.m.s@hotmail.com*.

IPTU PROGRESSIVO NO MUNICÍPIO DE PALMAS - TO: OS EFEITOS DA IMPLEMENTAÇÃO DESTA FERRAMENTA AUXILIAR EM POLÍTICA DE GESTÃO PÚBLICA EFICIENTE

ALBANITA KEILA DA SILVA LIMA:
Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA^[1]

RESUMO: O artigo buscou identificar os motivos que levam os gestores públicos a utilizarem a implementação do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana/IPTU PROGRESSIVO como uma ferramenta auxiliar a Gestão Pública. Tal problemática tem como objetivo primordial investigar por meio de pesquisa dirigida aplicada junto ao Comitê Gestor do IPTU Progressivo da Secretaria Municipal de Finanças de Palmas – TO (Sefin) se houve resistência jurídica por parte dos impactados pela implantação do referido imposto extrafiscal no município. Ainda neste prisma, também detalhar quais dos critérios ambientais, sociais, econômicos e urbanísticos foram melhor atingidos pela referida implementação. Diante disso, o presente artigo irá utilizar como metodologia de pesquisa, a dedutiva, a qual por meio de um processo de análise de informações nos remonta a uma conclusão, utilizando-se a dedução para se chegar a um resultado final. Por fim, as pesquisas realizadas serão bibliográficas, ou seja, baseadas em um material já publicado, por meio de livros, revistas, jornais, teses, documentos, dentre outros. Além disso, também será feita uma pesquisa em jurisprudências, leis, e outras fontes, que tratem sobre o tema IPTU Progressivo, bem como, a apresentação de análises e dados obtidos em pesquisas. O IPTU é imposto de competência privativa dos Municípios e do Distrito Federal (Constituição Federal, art. 156, I, c/c. art. 147 in fine). Os contornos infraconstitucionais desse tributo nos são dados pelo artigo 32 do CTN, que diz que o IPTU "tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do município" e as Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, em seu artigo 40 e §§ 1º ao 4º (Estatuto das Cidades) e Lei Municipal Complementar nº 400 de 02 de abril de 2018, bem como sua legislação conexas. No referencial foram abordados aspectos conceituais e legais do referido imposto, sendo que para isso realizou-se pesquisa bibliográfica em livros, artigos e na internet. Com a análise dos dados constatou-se que o município, até o ano de 2017,

não utilizava o tributo para esse fim, mas já se estruturava para implementá-lo, tendo chegado à utilização do imposto como ampla como ferramenta de gestão urbana no exercício de 2019 por diversos grandes centros. No entanto, de acordo com noticiado em (23/03/2017 às 12h30 site oficial da prefeitura) em 2017, o IPTU foi lançado já de forma progressiva, dos imóveis não edificados. 362 imóveis estão com IPTU progressivo, sendo 124 com a 1ª progressividade, 130 imóveis com a 2ª progressividade e 108 imóveis já com a 3ª progressividade. Em cada progressividade, a alíquota do imposto é dobrada, até o limite de 15%. A Sefin esclarece que esses imóveis com progressividade estão localizados em áreas de ocupação prioritária, notificados para edificação compulsória que não estão cumprindo os prazos de um ano para obter o Alvará de Construção e mais dois anos para concluir a edificação.

PALAVRAS-CHAVE: IPTU Progressivo; Ferramenta; Implementação; Gestão pública, Palmas.

ABSTRACT: The paper sought to identify the reasons that the public managers carry out an implementation of the PROGRESSIVE IPTU as an auxiliary tool of public management, as the problematic has as its primary objective, to investigate through researches directed to the process with the Manager of the Progressive IPTU Committee of Municipal Secretariat of Finance of Palmas – TO if there was legal resistance on the part of those impacted by the implementation of said extra-fiscal tax in the municipality and also in this prism to detail which of the following criteria: environmental, social, economic and urbanistic were better reached by said implementation. Faced with this, the present work will use as a research methodology, the deductive, which through a process of information analysis goes back to a conclusion, using the deduction to arrive at a final result. Finally, the researches will be bibliographical, that is, based on an already published material, through books, magazines, newspapers, theses, documents, among others. In addition, research will also be done on jurisprudence, laws, and other sources, dealing with the topic of Progressive IPTU, as well as the presentation of analysis and data obtained in research. The IPTU (tax on urban land and property) is a tax of exclusive jurisdiction of the Municipalities and the Federal District (Federal Constitution, art. 156, I, c/c. art. 147 in fine). The infraconstitutional contours of this tax are given to us by article 32 of the CTN, which says that the IPTU "has as a generator the ownership, useful domain or possession of immovable property by nature or by physical access, as defined in the civil law, located in the urban area of

the municipality "and the Laws, federal in its article 40 and §1 to 4, July 10, 2001 (Statute of Cities) and complementary municipal law No. 400 of April 2, 2018, as well as its legislation related. Conceptual and legal aspects of this tax were addressed in the reference. Being that for this was carried out bibliographical research in books, articles and in the internet. With the data's analysis it was verified that the municipality, until the year 2017, did not use the tribute for this purpose, but was already structured to implement it, nevertheless it came to a perspective that this tax is widely used as a tool urban management in 2019 by several major centers. However, according to reported in (03/23/2017 at 12:30 official city hall website) in 2017, the IPTU was already launched progressively, of the buildings not built, 362 are with progressive IPTU, with 124 with the 1st progressivity , 130 properties with the 2nd progressivity and 108 properties already with the 3rd progressivity. In each progression, the tax rate is doubled, up to the limit of 15%. Sefin clarifies that these progressivity properties are located in areas of priority occupation, notified for compulsory construction that are not complying with the terms of one year to obtain the Construction Permit and another two years to complete the construction.

KEYWORDS: Progressive IPTU; Tool; Implementation; Public administration, Palmas.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Análise conceitual da lei e seus aspectos jurídicos. 3. Processo de implementação e principais embates jurídicos com grandes proprietaries de terrenos na capital; 3.1 Plano director de Palmas; 3.2 IPTU Progressivo: suas primeiras consequências. 4. Que mudanças visuais e ambientais são perceptíveis acerca dos espaços urbanos da capital. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Como um dos preceitos constitucionais basilados na Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana, princípio previsto em seu artigo 1º, inciso III, constitui um dos direitos fundamentais destinado a todos, em razão da prevalência dos Direitos Humanos, sem preconceito de raça, sexo, origem, idade ou qualquer outra forma de discriminação, estabelecendo no art. 5º, inciso XXIII que a propriedade privada deve atender a uma "função social".

Outrossim, a Carta Magna, no art. 182, §2º, diz também que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Ou seja, a figura da propriedade privada de imóveis nas cidades do Brasil não tem como objetivo beneficiar apenas ao dono, mas também aos outros cidadãos, seguindo regras estabelecidas no plano diretor pelos representantes eleitos, cujas regras estão estabelecidas no Plano Diretor, documento elaborado periodicamente pelas prefeituras para direcionar o desenvolvimento da cidade.

O Plano Diretor tem o poder de determinar parâmetros para definir se dado imóvel está sendo utilizado de acordo com sua função social ou não. Pensar uma sociedade, no sentido da sua macrocomposição, conjectura-se não ser possível, senão a partir de um aspecto prospectivo, avante, proativo que circunscreva a vida na órbita de vivê-la cada vez mais e em melhores condições que abarquem a percepção física e espiritual de seus entes. Voltar o olhar para a história é suficiente para tal reflexão.

Nessa perspectiva, o presente artigo versará sobre a implementação da legislação tributária específica que torne o ente público eficiente e capaz de prover seus cidadãos das bem feitorias mínimas que a Constituição lhes garante.

O artigo estrutura-se, além da Introdução, Considerações Finais, Referências Bibliográficas, em 3 seções. A primeira consiste em uma Análise Conceitual do Arcabouço Legal e seus Aspectos Jurídicos acerca do IPTU Progressivo. Por conta da segunda seção ficou a narrativa do Processo de Implementação e Principais Embates com Grandes Proprietários de Terrenos na Capital. Por responsabilidade da terceira e última seção ficou as impressões tangíveis e perceptíveis a despeito das mudanças visuais e ambientais acerca dos vazios urbanos de Palmas - TO. Em seguida nas considerações finais será elaborada uma síntese da proposta a que se propõe o trabalho.

Muito se debate hoje em dia sobre o conceito constitucional de IPTU Progressivo, de sua tutela jurídica, da política de implementação pelo gestor municipal e seus instrumentos, resvalando à questão do desenvolvimento urbano e da intervenção do Estado no domínio econômico, com o objetivo de moldar as premissas para a utilização do tributo como instrumento eficiente para o

desenvolvimento da gestão de políticas públicas eficazes ao bem coletivo, bem como os princípios que norteiam a tributação relacionada a esse imposto.

As cidades brasileiras, cada vez mais, assumem a condição de elemento estruturante da política territorial de desenvolvimento do país. O crescimento, tanto populacional quanto espacial, fez aumentar também as demandas por investimentos em melhorias e infraestrutura urbana. Entretanto o que se percebe é que a complexidade dos espaços urbanos, típicos do modelo de desenvolvimento tradicionalmente conhecido como Desenvolvimento Urbano, não é capaz de superar esses fenômenos sociais e, em muitos casos, podem até inclusive acentuá-los. A exemplo disso observa-se que há, de um modo geral, nos grandes centros urbanos, a concentração de investimento em áreas mais desenvolvidas da cidade em detrimento de outras mais periféricas, evidenciando ainda mais a segregação sócio-espacial.

Desta feita, este tema polêmico e de expressão, pode manifestar-se de diversos modos, sendo imprescindível uma análise dos sérios impactos e conseqüências que podem causar à sociedade. O presente artigo examinará a problemática da utilização de tributos como forma de intervenção do Estado na busca da efetivação do disposto no artigo 170, inciso III da Constituição Federal, com especial enfoque na análise bibliográfica das experiências de outros municípios consubstanciadas nas pesquisas bibliográficas, bem como no acervo digital contido no site oficial da Prefeitura Municipal de Palmas-TO e como podem ser conferidos os resultados da implementação dessa política fiscal no município em tela.

O estudo se inicia com uma análise do conceito de IPTU Progressivo, de sua tutela jurídica e da política de implementação pelo gestor municipal e seus instrumentos, passando posteriormente, à questão do desenvolvimento urbano e da intervenção do Estado no domínio econômico, com o objetivo de moldar as premissas para a utilização do tributo como instrumento eficiente para o desenvolvimento da gestão pública, bem como os princípios que norteiam a tributação relacionada a esse imposto.

O presente trabalho irá utilizar como metodologia de pesquisa o método dedutivo, o qual por meio de um processo de análise de informações nos remonta a uma conclusão, utilizando-se a dedução para se chegar a um resultado final.

Por fim, as pesquisas realizadas serão bibliográficas, ou seja, baseadas em um material já publicado, por meio de livros, revistas, jornais, teses, documentos, dentre outros. Além disso, também será feita uma pesquisa em jurisprudências, leis, site oficial da prefeitura de Palmas e outras fontes, que tratem sobre o tema IPTU Progressivo, bem como, a apresentação de análises e dados obtidos em pesquisas.

2 ANÁLISE CONCEITUAL DA LEI E SEUS ASPECTOS JURIDÍCOS

De conhecimento comum, a Constituição Federal não cria ou institui tributo, apenas reparte a competência tributária descrevendo a faculdade de instituição deles por um ente público federado, de acordo com conveniências próprias, ditadas por interesses econômicos, políticos e outros.

Nesse contexto, a instituição do tributo fica outorgada, no caso do IPTU, ao município, cabendo-lhe disciplinar a instituição, observando os moldes entalhados nas normas gerais de direito tributário previstas no Código Tributário Nacional/CTN.

Ainda em via legal o CTN, em seu art. 32, preleciona que o IPTU é de competência dos municípios, e tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado em zona urbana.

A Carta Magna de 1988, ao tratar da competência dos municípios para instituir o Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) previu que tal imposto poderia ser progressivo no tempo, de forma que esta imposição tributária possa assegurar o cumprimento da função social da propriedade. O IPTU Progressivo é regulamentado pelo Código Tributário Municipal que é embasado pelo Código Tributário Nacional e no Estatuto das Cidades como um imposto extrafiscal.

A [Emenda Constitucional 29/2000](#) estipulou que o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana teria características de progressão ("IPTU Progressivo"), determinando que o imposto poderá:

- I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e
- II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

A história brasileira já conhece do referido imposto desde 1799, por uma Carta provinda da Rainha Dona Maria, conhecida como “décima urbana”. No constitucionalismo nacional até 1934, a instituição do IPTU pela municipalidade foi vacilante. A partir da Constituição de 1934, ficou instituído que aquele tributo passaria a ser de competência do município, e assim o é até os dias atuais.

O fator urbanização é de responsabilidade da administração pública municipal, sendo que esta tem por obrigação promover o melhor aproveitamento do solo urbano, regulando o crescimento do município e certificando-se que a propriedade urbana exerça sua função social.

A princípio, percebe-se que o Estado necessita captar recursos para manter seus gastos e estrutura. Por outro lado, tais gastos e estrutura existem para que o ente federativo possa alcançar seu objetivo principal: disponibilizar ao cidadão os serviços de sua competência. Sendo o Estado, para Sabbag (2009) o verdadeiro provedor das necessidades coletivas.

Ainda segundo o autor, os tributos são a principal fonte de receitas públicas, endereçadas a sanar essas necessidades. Assim, subentende-se que tais instrumentos exercem um papel vital no desenvolvimento econômico-social do país.

Por essa relevância, é comum que existam diversas normas para orientar e regularizar a aplicação dos tributos.

Desta feita, este tema polêmico e de expressão, pode manifestar-se de diversos modos, sendo imprescindível uma análise dos sérios impactos e consequências que pode causar à sociedade.

Ante a isso, o presente trabalho irá utilizar como metodologia de pesquisa a dedutiva, a qual por meio de um processo de análise de informações nos remonta a uma conclusão, utilizando-se a dedução para se chegar a um resultado final.

Por fim, as pesquisas realizadas serão bibliográficas, ou seja, baseadas em um material já publicado, por meio de livros, revistas, jornais, teses, documentos, dentre

outros. Além disso, também será feita uma pesquisa em jurisprudências, leis, doutrinas especializadas no tema, sites institucionais da prefeitura de Palmas - TO, revisão bibliográfica, primordialmente no estudo do Plano Diretor de Palmas e da legislação urbanística vigente bem como, a apresentação de análises e dados obtidos em pesquisas.

Conclui-se que, como membros da federação, os municípios possuem autonomia com relação aos outros entes, tendo competência privativa com relação a algumas matérias, ou seja, algumas matérias tratadas pelo município não podem ser apreciadas pela União ou Estados. Zmitrowicz e Biscaro (2016, p. 16) garantem:

O município possui hoje, garantida por esta Constituição Federal de 1988, autonomia para deliberar e executar sobre todos os assuntos que forem de interesse local, sem necessitar de aprovação dos governos estadual ou federal, tanto no que diz respeito aos seus aspectos político-administrativos, quanto com relação aos aspectos financeiros.

Os referidos autores assinalam ainda que o papel do município vá além dos básicos serviços urbanos, se estendem à saúde, à educação, ao meio-ambiente etc.

Para Moraes (2009), a autonomia municipal, da mesma forma que a dos Estados membros configuram-se pela capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração.

Nestes termos, percebe-se que os municípios têm, regionalmente, uma responsabilidade maior que a própria União, pois o mesmo é responsável por políticas públicas – organizar, legislar, administrar – as quais irão influenciar, diretamente, o cidadão local.

De forma igual, Gabriel (2010, p. 11) argumenta que a CF de 88 preceituou a ascendência dos interesses entre os entes sendo que “as matérias de interesse nacional são de competência da União; matérias de interesse regional, de competência dos Estados-membros e matérias de interesse local, de competência do Município”.

3 PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO E PRINCIPAIS EMBATES JURÍDICOS COM GRANDES PROPRIETÁRIOS DE TERRENOS NA CAPITAL

Em 08/06/2016, o Município de Palmas-TO galgava mais um degrau em direção às fases de implementação do IPTU Progressivo e suas dificuldades.

Realizou-se nesse dia a 1ª Audiência Pública que teve como eixos norteadores temáticos: Meio Ambiente e Mudanças Climáticas; Fiscal; Governança e Desenvolvimento Territorial.

A 1ª Audiência Pública teve viés informativo. Contou com uma palestra ministrada pelo Superintendente de Planejamento Orçamentário e Modernização Administrativa da Secretaria de Finanças, Eron Bringel, que em sua fala ressaltou que “o município teve grandes avanços, sejam no meio ambiente, nas finanças ou qualquer coisa que façamos na vida precisamos ter equilíbrio”. Aduz-se de dados obtidos por meio eletrônico (site oficial da Prefeitura municipal de Palmas no endereço eletrônico <https://www.palmas.to.gov.br/busca-site/IPTU+progressivo+implementação>) que de acordo com o balanço anual financeiro mesmo com a redução de repasses do Governo Federal (em 2012 a dependência do município em relação ao governo Federal era de 60% e hoje este número não passa de 40%) isso se deve às medidas implementadas para melhorar a receita sem aumentar os impostos, mas cobrando o que realmente deve ser cobrado.

No alicerce dessas medidas estão à cobrança do IPTU Progressivo, revisão do Código Tributário Municipal e revisão da Planta de Valores Genéricos Imobiliários, estas foram algumas das medidas adotadas expostas pelo técnico.

No entanto, voltar o olhar para os lados a um simples atravessar de rua em Palmas torna perceptível aos olhos um grande dilema das cidades em pujante desenvolvimento, tema esse tratado firmemente pela equipe gestora do IPTU Progressivo da capital. O tema em tela são os vazios urbanos que por sua vez dificultam e demandam da administração pública principalmente no que tange aos recursos financeiros muitos ônus sem retorno, pois, por diversas vezes, o que se vê nesses enormes lotes baldios é o transvasamento dos mais variados tipos de entulhos, acarretando para a administração pública municipal custos muito altos com o lixo do particular. Essa temática também foi preocupação do arquiteto e urbanista da Secretaria de Habitação, Lúcio Cavalcante em palestra sobre Desenvolvimento Territorial onde proferiu palestra que trouxe a tona um dos grandes desafios da cidade de Palmas.

O Arquiteto em sua fala salientou que “este desafio pode ser sanado com a aplicação do IPTU Progressivo, assim espera-se”. Reforçou Cavalcante que na

oportunidade apresentou outros avanços como o Plano de Regularização Fundiária. As Audiências Públicas fazem parte das Metas do Plano de Implementação do IPTU Progressivo e obedecem ao regramento federal, qual seja a lei Federal intitulada como Estatuto das Cidades.

LEI Nº. 10.257, de 10 de junho de 2001.

Regulamenta os Arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os [Arts. 182 e 183 da Constituição Federal](#), será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de

influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;
- h) a exposição da população a riscos de desastres. [\(Incluído dada pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do

desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considerados a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais. [\(Incluído pela Lei nº 12.836, de 2013\)](#)

XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento. [\(Incluído pela Lei nº 13.116, de 2015\)](#)

XIX – garantia de condições condignas de acessibilidade, utilização e conforto nas dependências internas das edificações urbanas, inclusive nas destinadas à moradia e ao serviço dos trabalhadores domésticos, observados requisitos mínimos de dimensionamento, ventilação, iluminação, ergonomia, privacidade e qualidade dos materiais empregados.

3.1 PLANO DIRETOR DE PALMAS

Instrumento da política de desenvolvimento e expansão urbana, o Plano Diretor de Palmas teve sua fase de estudos no primeiro semestre de 2016, para sua revisão e para isso contou com vários entes envolvidos para sua construção, desde órgãos públicos, universidades, sociedade civil organizada e a população no geral.

Datada de 2007, a Lei Complementar nº 155, que dispõe sobre o Plano Diretor Participativo do Município de Palmas, deve ser revista pelo menos a cada dez anos como preconiza o Estatuto da Cidade, anteriormente citado.

Ao falar sobre o IPTU, é importante lembrar que o tributo produz efeitos fiscais e extrafiscais. Enquanto efeito fiscal, o IPTU é uma das fontes de arrecadação municipal, provendo o Poder Público de dinheiro para investimentos e custeios, já o propósito do efeito extrafiscal é regular o ordenamento territorial, sendo um dos instrumentos de gestão do território municipal.

Conforme os ensinamentos de Kiyoshi Harada, “Como fonte de arrecadação, a cobrança do IPTU somente será justa se observar a correta identificação do valor da base de cálculo, através de uma Planta de Valores que realmente reflita o valor venal dos imóveis, assim como a aplicação de alíquotas de forma adequada, preferencialmente utilizando-se a progressão de tais alíquotas pelo valor do imóvel, como prevê a Constituição” (HARADA, 2012, p 201/202) preleciona ainda nesse mesmo diapasão, que: “uma gestão eficiente em tempos de crise se faz trabalhando todos os dias com apenas um objetivo, tornar a urbe um lugar sustentável e possível para os próximos habitantes”.

Com esse propósito a gestão do Município de Palmas, implementou a revisão da Planta de Valores Genéricos ainda em 2013 (para vigência a partir de 2014), buscando-se a justiça fiscal através da atribuição de valores venais mais

aproximados da realidade. Aliado a isso, também foi feita a revisão do Código Tributário Municipal, implantando-se a progressão das alíquotas do IPTU de acordo com o valor do imóvel. Com tais medidas, a arrecadação do IPTU cresceu de 24 milhões (2013) para 45 milhões (2016), conforme dados site da Sefin.

3.2 IPTU PROGRESSIVO: SUAS PRIMEIRAS CONSEQÜÊNCIAS

Um dos grandes desafios da gestão do IPTU em Palmas é solver o conflito das glebas urbanas com grandes proprietários que não utilizam os imóveis e também deixam de pagar o IPTU devido sobre as áreas. Ao todo, são 95 glebas que chegam ao alarmante índice de 92% de inadimplência no pagamento do imposto.

Assim, em 2013, iniciaram-se as notificações de edificação compulsória com o IPTU Progressivo para cerca de 600 imóveis, com início da progressividade em 2015 para aqueles que deixaram de atender às notificações.

Nesse sentido, a gestão atua no combate à especulação imobiliária e busca proporcionar a ocupação mais ordenada do solo urbano, sempre perseguindo o propósito especificado pela Constituição que a partir de 88, dedicou um capítulo a esse tema – Da Ordem Econômica e Financeira – à política urbana, estabelecendo que a “propriedade urbana cumpre sua função social, quando atende às exigências fundamentais de ordenação de cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2º, da CF).

Neste passo, conclui-se que o imóvel urbano meramente edificado não cumpre sua função social de propriedade, ou seja, edificações ociosas em áreas urbanas não atendem à tão almejada pelo legislador “função social”. A partir do momento, no entanto, em que é dada finalidade àquele imóvel, seja ele usado para moradia ou para fins comerciais, diz-se que ele atende a uma função social.

Vale aqui ressaltar que os esforços da Gestão Pública na vertente acima mencionada tiveram êxito visível aos olhos desta contribuinte, haja vista que por um período de 12 (doze) anos foi possível um acompanhamento visual fático de todas as mudanças urbanísticas e ambientais causadas pela implementação dessa política pública, galgada feixe a feixe, embate a embate frente aos incorporadores detentores da maioria dos lotes e grandes glebas de terrenos baldios e ou vazios urbanos em sua maioria as margens da grande Avenida Teotônio Segurado que

transpassa a capital de norte a sul, onde se via mato alto o ano inteiro, e muito lixo doméstico dos mais variados tipos e dimensões, lixo empresarial, simplesmente descartado sem o menor pudor, às quadras mais afastadas sobravam o descarte de entulho, resto de construção e de tudo que se possa imaginar.

Sem a fiscalização do morador e a existência do equipamento público (redes de água e esgoto, meio fio, iluminação pública, enfim, saneamento básico) que dificultem a atuação nefasta do próprio ser humano, ele mesmo destrói seu meio ambiente.

4 QUE MUDANÇAS VISUAIS E AMBIENTAIS SÃO PERCEPTÍVEIS ACERCA DOS ESPAÇOS URBANOS DA CAPITAL

É notório os desafios enfrentados pela gestão pública diante da promoção das políticas públicas, principalmente naquilo que concerne as políticas públicas no campo habitacional. Isso porque a população está sempre em amplo crescimento (de acordo com o censo 2010, Palmas tinha 228.332 habitantes. Já em 2018 contabilizou 291.855 habitantes).

Pressupõe-se, a partir desse dado obtido através do site do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) amplo crescimento populacional no município. Sabe-se ainda que em 2005 foram dados os primeiros passos em busca de moradia digna a luz do que preleciona o Estatuto das Cidades, que em seu bojo enfatiza que todas as diretrizes relacionadas a moradias populares deverão permear as ações relativas à política urbana. Entre as mais importantes, destacamos a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Outras diretrizes importantíssimas são: a gestão democrática, a cooperação entre o Poder Público, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, e a justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização, é apontada como um dos avanços para a promoção do acesso à moradia a criação do Plano Diretor em 2010 e sua revisão em 2017 ação que propiciou à Gestão Pública a possibilidade de corrigir as falhas na implantação do IPTU Progressivo, mantendo o ritmo no desenvolvimento das ações propostas.

Neste sentido, pode-se apontar a instituição do Imposto Predial, Territorial Urbano (IPTU) progressivo, que taxa progressivamente proprietários de lotes/terras que não constroem em suas propriedades. Como uma política de regularização fundiária e de coerção à abertura de loteamentos irregulares é ainda como uma frente de ação muito utilizada em Palmas, essa ação recebeu o nome de Plano de Regularização Fundiária Sustentável, elaborado em 2010, alterado em 2017, e ainda em fase de execução nos dias atuais (fonte: Sefin).

Ainda sobre regularização fundiária, a Prefeitura de Palmas, afirma que está instituindo multas mais pesadas para a coerção de ocupações irregulares. O valor da multa poderá chegar até R\$ 2 milhões para quem abrir loteamentos irregulares. Também há punição para profissionais que atuarem nessas ocupações, uma vez que "O projeto de lei estabelece uma multa pesada para quem abrir loteamentos irregulares, e ela também caberá a profissionais, como engenheiros, arquitetos, advogados, corretores, dentre outros, que atuarem nesses loteamentos" explica a porta voz da prefeitura.

A Secretaria Municipal de Finanças apresentou recentemente, a nova Planta de Valores Genéricos de Palmas para 2019, protocolada na Câmara Municipal para apreciação e votação. A nova proposta que será apreciada pelo Legislativo Municipal manteve os valores definidos pela Comissão de Revisão em 2016/2017, os redutores da base de cálculo para fins do IPTU praticados desde 2013, que variam entre 35 e 55%, mais atualização de apenas 4%, considerando a variação do Índice de Preços ao Consumidor – IPCA dos últimos 12 meses, cálculo responsável por medir a variação dos preços de produtos e serviços para o consumidor final (SEFIN).

A nova Planta de Valores Genéricos tem por objetivo dar um importante passo em busca da prática da justiça fiscal, com estrutura fundamental para incrementar a arrecadação do Município, de forma justa e sustentável, de forma a manter a cidade com serviços adequados, grandes obras, implementação de políticas sociais sérias, educação e saúde para todos, sem ultrajar os contribuintes com elevação dos tributos municipais.

"Como já vimos, o objetivo do urbanismo é analisar criticamente a realidade do espaço da vida urbana, oferecer uma visão desejável e possível, propor e instrumentar uma estratégia de

mudança. Esta estratégia deveria ser acompanhada de instrumentos necessários para induzir e conduzir a alteração da realidade proposta". (WILHEIM,2003).

De acordo com o que se extrai da tabela de valores praticados pela prefeitura de Palmas o que se percebe é que ela busca aproximar os valores venais para tributação aos praticados no mercado vigente, visando à prática da justiça fiscal, com obediência ao princípio constitucional da observância da capacidade econômica do contribuinte.

Importante lembrar que a Prefeitura de Palmas manteve a isenção para os 19.200 contribuintes com menor valor de IPTU apurado, aplicada para imóveis residenciais edificados cujo proprietário tenha somente aquele imóvel no Município.

Em 2016, durante três meses de trabalho, com 29 reuniões, a Comissão de Revisão verificou a situação dos imóveis e definiu os respectivos valores venais, com a participação de diferentes setores da administração municipal e de várias entidades civis organizadas, entre elas Conselho Regional de Corretores de Imóveis (Creci), Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado do Tocantins (Sinduscon), Associação Comercial e Industrial de Palmas (Acipa), Conselho de Inovação e Desenvolvimento Econômico de Palmas (Cidep), Universidade Federal do Tocantins (UFT), Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Tocantins (IFTO), conforme prevê a legislação pertinente.

Dessas audiências formulou-se a Nova Planta de Valores Genéricos de Palmas que reclassificou a avaliação das edificações, em oito padrões construtivos: A1 (Superluxo), A (Alto Luxo), B1 (Luxo Superior), B (Luxo), C1 (Normal Superior), C (Normal), D (Simples) e E (Precário), para diminuir as possíveis distorções que o sistema utilizado permitia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vista do exposto, sabe-se que o Estado precisa ser financiado para manter sua estrutura e prestar os serviços dos quais o cidadão necessita, sendo esse financiamento proporcionado, principalmente, pelos tributos. Dessa forma,

se vê hospedada a carga tributária sobre os ombros dos brasileiros e seu reflexo na sociedade.

Ressalte-se aqui nesse estudo, que o ideal de justiça fiscal, tão fustigantemente buscado pelos brasileiros não é algo novo, tendo origens nas conquistas da Revolução Francesa na abolição de privilégios fiscais da nobreza, a qual permitiu que a tributação fosse ampliada e aplicada como instrumento de justiça, sendo necessário que todos contribuíssem de acordo com suas possibilidades.

Para se alcançar essa igualdade, percebe-se que o Estado brasileiro utiliza determinados instrumentos, e dentre eles está o princípio da capacidade contributiva. Piscitelli *et al. apud* Salvador (2007) afirma que o princípio da capacidade contributiva é fundamental para se alcançar essa justiça fiscal, observando o caráter pessoal do imposto, e por outro lado, disciplinar a incidência da mencionada imposição sobre imóveis urbanos, não conformados com o perfil de utilização do solo concebido pelo plano diretor municipal, a fim de promover a justiça de distribuição do solo urbano, arrefecendo práticas cumulativas e especulativas da propriedade privada.

O uso da capacidade contributiva conjuntamente com a progressividade e a seletividade do imposto pode promover uma tributação mais justa, proporcionalmente maior para ricos.

Convém ressaltar que na tributação o princípio da progressividade é vital para que se obtenha a igualdade. Tokarski (2009) declara que a isonomia, só será eficiente quando indivíduos de classes e rendas diferentes sofrerem tributação proporcionalmente igual, podendo se tornar um aliado na diminuição das desigualdades.

O princípio da isonomia está explícito, de forma genérica, no artigo 5º da CF, onde afirma que todos são iguais perante a lei. Harada (2007a) ensina que desta forma genérica surgiu, o específico perante o fisco: a isonomia tributária. Esta isonomia é, também, claramente tratada no artigo 150, também da Carta Magna.

[...] é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalente, proibida qualquer distinção [...]

independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Este princípio, não pode se restringir apenas ao campo jurídico sem que se possa aplicá-lo em um caso concreto, que permita uma efetiva correção nas desigualdades (SABBAG, 2009). Afirma ainda o autor que o Estado deve considerar as condições dos contribuintes, com o objetivo de se evitar a mesma carga tributária sobre indivíduos desiguais, caso contrário, poderá onerar as camadas mais pobres, enquanto afortunados contribuem com uma carga tributária abaixo do que suportam.

Pelo analisado, entende-se que o ideal de justiça fiscal, aplicação justa dos tributos, não pode ser alcançado sem que se observe o princípio da isonomia tributária, aplicação dos tributos proporcionalmente igual para todos.

A aplicação dos tributos sem observância desse princípio básico acarreta em uma tributação desigual trazendo mais injustiça social e concentração de renda. Assim é de extrema importância que se observe esse dispositivo quando da criação, majoração ou alteração dos tributos.

Endossando o exposto, Harada (2007b) demonstra que o IPTU Progressivo pode ser aplicado objetivando atender interesses públicos relativos à higiene, à segurança, à paisagem urbana, etc. Pois, o IPTU pode induzir o contribuinte a limpar seu terreno, a recuperar prédios velhos, a finalizar uma construção inacabada, etc. Enfatiza também o autor que, qualquer objetivo político-social pode ser alcançado pela Administração Pública municipal através do IPTU.

Na pesquisa constatou-se que a tributação é considerada um dos principais poderes outorgados ao Estado e Municípios para que esses mantenham seus gastos e estrutura. Contudo, a arrecadação não é o único objetivo da tributação. Sendo que através da extrafiscalidade o Estado e Municípios podem incentivar ou restringir ações, interferir na economia privada, proteger o meio-ambiente, etc.

Com relação ao uso do IPTU para esse fim descobriu-se que, nos exercícios de 2016, 2017, 2018 e 2019 o município de Palmas-Tocantins utilizou-o amplamente com finalidade de implementação de Políticas Públicas de saneamento básico e melhoria da infraestrutura geral e urbanística da cidade. Percebendo a eficácia da extrafiscalidade do IPTU, o município pretende continuar utilizando o imposto.

Enfim, a pesquisa demonstrou que existem várias possibilidades de utilização do IPTU como ferramenta de auxílio à gestão no alcance de qualquer objetivo, seja ele econômico, social, ambiental, esportivo, cultural etc. não sendo possível esgotar todas essas possibilidades neste trabalho. Desta forma, verificase que a aplicação do imposto pode ser uma vasta fonte de debates no meio político e acadêmico, tendo em vista ser um tema atual e muito importante para a coletividade.

6. REFERÊNCIAS

- ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. **O IPTU como Instrumento de Administração Urbana**. Belo Horizonte, MG: Anál. & Conj., n.1, ano 1, jan./abr. 2009. p.149-164. Disponível em: <<http://www.fjp.mg.gov.br/revista/analiseeconjuntura/viewarticle.php?id=10%20Distribui%20da%20Carga%20Tribut%20ria.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019.>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- ANDRADE, Nilton de Aquino; et al. **Planejamento governamental para municípios**: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. São Paulo: Atlas, 2005.
- ARANHA, Marcelo de Araujo. **O princípio da anterioridade tributária**. Direito.net, 26 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2821/O-Principio-da-Anterioridade-Tributaria>>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- BERGUE, Sandro Trescastro; et al. **Competências, papéis e funções dos poderes municipais no contexto da administração pública contemporânea**. Porto Alegre, MG: Análise, v.22, n.1, jan./jun. 2011. p.31-43. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/face/article/viewFile/9778/6701>>. Acesso em: 23 mai. 2019.
- BETINI, Roberto Cezar; REZENDE, Denis Alcides; FREY, Klaus. **Governança e democracia eletrônica na gestão urbana**. I Seminário Internacional em Gestão Urbana. Curitiba, PR: Editora da PUC-PR, 2003. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/29555-29571-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2019
- BISCARO, Cibele; ZMITROWICZ, Witold. **A organização administrativa do município e o orçamento municipal**. São Paulo: Escola Politécnica da USP,

1998. Disponível em: <<http://publicacoes.pcc.usp.br/PDF/ttcap20.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

BRAGA, Renê Moraes da Costa; FRATTARI, Rafael. **O princípio da isonomia tributária e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, CE: jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4051.pdf>>

Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Brasília: Senado, 1966.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Brasília: Senado, 2002.

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

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Resultados do Censo 2010**. Brasília: IBGE, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/tot_al_populacao_palmas-to>. Acesso em: 07 mai. 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Desigualdade e justiça tributária**. IPEA: Brasília, 15 mai. 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/destaque/DesigualdadeJusticaTributaria_CDES.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para Discussão Nº 1251**: IPTU no Brasil: progressividade, arrecadação e aspectos extra-fiscais. Brasília: IPEA, dez. 2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1251.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. **Programa Nacional de Educação Fiscal**: Função social dos tributos. 4. ed. Brasília: ESAF, 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Pesquisa Aplicada – IPEA. Comunicados do IPEA. **O uso dos instrumentos de financiamento para a política urbana no Brasil**. IPEA: Brasília, 20 set. 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=10495&ca_tid=1&Itemid=7>. Acesso em: 08 mar. 2019.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU & progressividade, igualdade e capacidade contributiva**. 1. ed., 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO, Pedro Humberto de. **Texto para discussão n° 2419**: aspectos distributivos do IPTU e do patrimônio imobiliário das famílias brasileiras. Instituto de Pesquisa Econômica. IPEA 2018. Compêndio. Disponível em: <www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=34366>. Acesso em: 20 mai. 2019

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário**: fundamentos constitucionais da tributação, definição de tributos e suas espécies, conceito e classificação dos impostos, doutrina, prática e jurisprudência. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHADE, Jamil. O Estadão. **Para ONU, sistema tributário do país dificulta avanços sociais**. São Paulo: Estadão, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,para-onu-sistema-tributario-do-pais-dificulta-avancos-sociais,516607,0.htm?p=1>> Acesso em: 06 jan. 2019.

COELHO, Werner Nabiça. **IPTU, zona urbana e alíquotas perante o sistema federativo e emenda constitucional n. 29/2000**. Teresina, PI: Jus Navigandi, ano 8, n.118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4388>>. Acesso em: 1 mar. 2019.

DIAS, Emerson de Paulo. **Conceitos de gestão e administração**: uma revisão crítica. Franca, SP: Revista Eletrônica de Administração – Facef – vol.1, ed. 1, jun./dez. 2002. Disponível em: <http://www.facef.br/rea/edicao01/ed01_art01.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2019.

FRAGA, Henrique Rocha. **O IPTU e suas principais características**. Belo Horizonte, MG: Editora Fórum, 2010. Disponível em: <<http://www.rochaefraga.com.br/publicacoes/o-iptu-e-suas-principais-caracteristicas.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. revist. ampl. – São Paulo: Atlas, 2007a.

HARADA, Kiyoshi. Impostos Fiscais e Extrafiscais. 3. ed. São Paulo: GEN, 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Sistema Tributário na Constituição de 1988-tributação progressiva**. São Paulo: Juruá, 2007. <<https://www.juruua.com.br/bv/conteudo.asp?id=20314>> Acesso em: 10 mai. 2019.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário**: atualizado. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUND, Sergio. **Administração, orçamento e contabilidade pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LANDIN, Márcio; MAGANHINI, Thais Bernardes. **A função social do tributo**. I Encontro de Estudos Tributários – ENET. Londrina: Instituto de Direito Tributário

de Londrina, set. 2006. Disponível em: < <http://www.idtl.com.br/artigos/173.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

LOBO, Marcela Santana. **A atividade financeira do Estado e competência tributária no Brasil**. Teresina, PI: Jus Navigandi, ano 18, n.2855, 26 abr. 2018. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18972>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. atual. Ec. n° 55/07. São Paulo: Atlas, 2007.

PALMAS. **Lei Complementar nº 400, de 02 de abril de 2018**. Dispõe sobre o Plano Diretor Participativo do Município de Palmas-TO. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/to/p/palmas/lei-complementar/2018/40/400/lei-complementar-n-400-2018-plano-diretor-participativo-do-municipio-de-palmas-to>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALVADOR, Evilásio da Silva. **A distribuição da carga tributária: quem paga a conta?**. São Paulo: Boitempo Editorial, v.1, 2007. p.79-92. Disponível em: <http://www.fag.edu.br/professores/eduardo/Outros/RH%20-%20Trabalho%20>

TOCANTINS. CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS. **30 anos de história**: Câmara Municipal, 2019. Disponível em: <<https://www.palmas.to.leg.br/institucional>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

TOKARSKI, Luiz Edilson. **Capacidade contributiva: limite ao poder de tributar**. Curitiba: Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, 2009. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/edison-luis-tokarski.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

TOLENTINO, Luis Fernando Simões. **A inconstitucionalidade da progressividade fiscal do IPTU ante as decisões do STF e a emenda constitucional nº 29**. Teresina: Jus Navigandi, ano 8, n.66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4163>>. Acesso em: 2 mar. 2019.

VIEGAS, Viviane Nery. **Justiça fiscal e igualdade tributária: a busca de um enfoque filosófico para a tensão entre poder de tributar e direito de tributar frente à modernidade tardia no Brasil**. UniBrasil – Faculdades Integradas do Brasil. Curitiba, PR: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, n.7, v.7, jan./jun. 2019. p.66-89. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/260/219>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

VIOL, Andréa Lemgruber. **A finalidade da tributação e sua difusão na sociedade**. II Seminário de Política Tributária. Brasília: jun. 2005. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/Eventos/SeminarioII/Texto02A_FinalidadedaTributacao.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

[1]Antonia Maria da Silva. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário na Faculdade Serra do Carmo. Docente da área de Direito no Instituto Federal do Tocantins. Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. antonia.m.s@hotmail.com.

A FIGURA DO PSICOPATA NO ORDENAMENTO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

BEATRIZ FERNANDES PASSOS:

Bacharelada do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANDRÉIA AYRES GABARDO DA ROSA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo pretende abordar e discutir a psicopatia no atual ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo sobre a conceituação e características da psicopatia, trazendo à tona as sanções penais a serem aplicadas ao psicopata criminoso, discorrendo sobre a teoria do crime, em especial acerca da culpabilidade, analisando, por fim, as possíveis respostas jurídicas relacionadas com o tema, bem como sua aplicação e eficácia, buscando contribuir de alguma forma com o tema. Para alcançar o objetivo proposto será necessário investigar alguns aspectos teóricos da psiquiatria forense, bem como analisar as doutrinas pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Psicopatia. Direito Penal. Sanção Penal. Culpabilidade. Pena.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA PSICOPATIA; 3 - A RESPONSABILIDADE PENAL DOS PSICOPATAS; 4 - SANÇÕES PENAIS, EFICÁCIA E SUAS APLICAÇÕES PARA O CRIMINOSO PSICOPATA; 5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 - BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa aprofundar os estudos acerca da psicopatia, bem como verificar o tratamento atual destinado a tais indivíduos à luz da justiça criminal, em especial o Código Penal Brasileiro – Decreto Lei nº2.848/1940, haja vista a falta de previsão de punibilidade no ordenamento jurídico para esses indivíduos, afim de proporcionar novos elementos e conseqüentemente contribuir de alguma forma na busca pela resposta adequada a ser dada pelo Direito Penal Brasileiro nos casos de crimes cometidos por psicopatas, realizando principalmente

uma análise comparativa das atuais formas de punições utilizadas em outros países, visando encontrar soluções para um problema comum.

A problemática gira em torno da culpabilidade do indivíduo infrator diagnosticado com psicopatia, bem como a sanção pertinente e se esses indivíduos são inimputáveis ou imputáveis, uma vez que este transtorno caracteriza-se por se encontrar no limite entre a sanidade e a loucura. Nesse contexto, será analisada também a figura do psicopata no ordenamento judiciário brasileiro, afim de buscar elementos para identificar o enquadramento mais adequado do direito penal a essas situações.

A psicopatia é considerada um distúrbio da personalidade que se manifesta essencialmente pela falta de empatia e de remorso, por um comportamento “anti-social”, na medida em que não se criam verdadeiros laços inter-relacionais e não se respeitam as regras sociais e os direitos dos outros (LEE, 1999). A partir dessa definição, serão aprofundados os estudos na tentativa de conceituar a psicopatia e dispor sobre maneiras de identificação desses indivíduos.

Ao longo dos capítulos serão abordados: análise conceitual acerca da psicopatia; a teoria do crime com enfoque na culpabilidade, inimputabilidade e imputabilidade, buscando identificar se os indivíduos diagnosticados como psicopatas podem e/ou devem ser responsabilizados; e quais os meios de punição mais eficazes aplicadas ao caso, no Brasil e em outros países.

O estudo se justifica porque a psicopatia é uma realidade, e não há como ignorar a existência desses indivíduos na sociedade. Ademais, trata-se de um assunto de grande repercussão no país e no âmbito jurídico, vez que a criminalidade é um dos maiores problemas da sociedade atual, que clama por soluções.

Assim, a finalidade principal do presente artigo é contribuir com os estudos acerca da imputabilidade do psicopata frente ao Código Penal Brasileiro, discorrendo sobre a lacuna existente no nosso ordenamento jurídico a respeito do tema e identificando meios que possam auxiliar na prevenção e coibição da prática de atos criminosos por pessoas diagnosticada com psicopatia.

2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA PSICOPATIA

No século 19, por volta de 1801, o primeiro a conceituar a conturbação moral foi Philippe Pinel, responsável por criar um conceito de "*manie sans delire*" que significa em português "loucura sem delírio" ou "loucura racional", para caracterizar o ser belicoso e portador de ações anormais (SILVA,2015).

Ana Beatriz Barbosa explana sobre isso afirmando que:

É importante ressaltar que o termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego psyche= mente; e pathos = doença). No entanto, em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos nem apresentam algum tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo), (SILVA, 2014, p. 38)

Atualmente, existem três teorias que buscam conceituar a psicopatia, a primeira considera a psicopatia uma doença mental, a segunda uma doença moral e a última como um transtorno de personalidade (SILVA, 2015).

A corrente que defende que a psicopatia é uma doença mental alega que a psicopatia deriva de fatores biológicos, sustentando a ocorrência de predisposição genética e alterações em algumas regiões do cérebro do psicopata; trata-se de uma corrente minoritária que é bastante criticada por alguns especialistas.

A segunda corrente, que considera a psicopatia como uma doença moral, entende que o indivíduo com psicopatia tem grande dificuldade em cumprir as regras, lhe faltando o senso moral, que produz um desvio perverso diante das cominações legais, fazendo com o que o mesmo seja movido pela emoção.

A terceira corrente é a majoritária entre os especialistas que entendem que a psicopatia é um transtorno de personalidade. Na definição da Associação Americana de Psiquiatria, personalidade é uma tendência de sentir, comportar-se e

pensar de formas relativamente consistentes ao longo do tempo e nas situações em que o traço pode se manifestar (MECLER, 2015, p. 35).

Atualmente a psicopatia é concebida pela medicina como Transtorno de Personalidade Antissocial, estabelecido no CID 10 (Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde) como - F60.2, que dispõe:

Os psicopatas são pessoas portadoras de transtornos específicos da personalidade, que apresentam “perturbação grave da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo, usualmente envolvendo várias áreas da personalidade e quase sempre associada a considerável ruptura social. (CAETANO, 1993, p.109).

No que se refere às características do psicopata, alguns atributos mais comuns são ausência de remorso e de sentimentos, instabilidade, intolerância a frustração e impulsividade (BITTENCOURT, 1981).

Em consonância, o escritor Genival Veloso, ressalta que:

As características mais acentuadas nas personalidades psicopáticas são: distúrbios da afetividade, ausência de delírios, boa inteligência, inconstância, insinceridade, falta de vergonha e de remorso, conduta social inadequada, falta de ponderação, egocentrismo, falta de previsão, inclinação à conduta chocante, raramente tendem ao suicídio, vida sexual pobre e não persistem num plano de vida (FRANÇA, 2004, p. 424).

Por fim, cumpre ressaltar que o indivíduo com psicopatia está em pleno gozo de sua capacidade mental, não sofre alucinações, não é considerado doente mental e nem todo psicopata comete atos delituosos. Concluído o entendimento do conceito de psicopatia, será analisada de que forma a legislação brasileira prevê punição para infrações cometidas por indivíduos diagnosticados com este transtorno.

3. A RESPONSABILIDADE PENAL DOS PSICOPATAS

Antes de adentrar nas sanções penais a serem aplicadas ao psicopata criminoso, faz-se imperioso tratar da teoria do crime com foco principal na culpabilidade, para maior compreensão e desenvolvimento do tema.

Conceituando a teoria do crime, Eugenio Zaffaroni dispõe:

É a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as suas características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação, contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto (ZAFFARONI, 2004, p. 365).

Importante ressaltar que a definição dada ao crime é meramente doutrinária, não existindo no atual Código Penal um conceito exato. Assim explica o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

O conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível classificar uma conduta, ontologicamente, como criminosa. Em verdade, é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos (2009, p.166).

Do ponto de vista formal, o crime seria toda conduta descrita na lei e sujeita a uma pena, já do ponto de vista material, seria a lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico relevante para o corpo social, como a vida, a integridade física, honra e outros (LIMA JR, 2016)

No entanto, nem o conceito formal, nem o material são suficientes para que se possa conceituar o que é crime, fazendo necessária a adoção de um conceito analítico (BITENCOUT, 2008, p. 210). Assim, o conceito analítico do crime avalia os elementos que o compõe, como destaca Rogério Greco:

O chamado conceito analítico (também conhecido como dogmático) trouxe as maiores contribuições para determinar o que seria um delito. Adotando os estudos de Berner acerca de “ação”, de Liszt e Beling sobre “ilicitude” e de Merkel e Binding e a “culpabilidade”, determinou-se que delito seria a ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. Tal conceito explicou os três elementos importantes e integrantes do delito, quais sejam, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade (2009, p. 143).

Nesse diapasão, a tipicidade é “a subsunção (ou adequação) da conduta concreta praticada pelo agente à conduta abstrata descrita na figura penal incriminadora. Ambas as condutas devem ajustar-se, perfeitamente, sem que nada falte ou nada sobre” (BIERRENBACH, 2009, p. 9).

Por sua vez a antijuridicidade (ou ilicitude), é a relação de contrariedade entre a conduta praticada pelo agente e o ordenamento jurídico-penal como um todo. Toda conduta típica será também antijurídica, a menos que o agente atue sob o manto de uma excludente de antijuridicidade. (BIERRENBACH, 2009).

Por fim a culpabilidade, que é, por conseguinte, um juízo de reprovação que incide sobre o autor de um fato típico e ilícito, por lhe ser possível e exigível, concreta e razoavelmente, um comportamento diverso, isto é, conforme o direito(Queiroz, 2011).

Rogério Greco complementa:

[...]culpabilidade é a reprovabilidade da configuração da vontade. A culpabilidade deve ser concebida como reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica. (2012, p. 371).

Em outros termos leciona Bitencourt:

Com efeito, um conceito dogmático como o de culpabilidade requer, segundo a delicada função que vai

realizar – fundamentar a punição estatal -, uma justificativa mais clara possível do por que e para quê da pena. Tradicionalmente, a culpabilidade é entendida como um juízo individualizado de atribuição de reponsabilidade penal, e representa uma garantia para o infrator frente aos possíveis excessos do poder punitivo estatal. Essa compreensão provém do princípio de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poe na sine culpa*). Nesse sentido, a culpabilidade apresenta-se como fundamento e limite para a imposição de uma pena justa. Por outro lado, a culpabilidade também é entendida como um instrumento para prevenção de crime e, sob essa ótica, o juízo de atribuição de responsabilidade penal cumpre com a função de aportar estabilidade ao sistema normativo, confirmando a obrigatoriedade do cumprimento das normas. (2015, p. 436).

A culpabilidade, assim como o crime, também não possui nenhuma definição no nosso atual Código Penal, o que gera debates e controvérsias quanto a sua conceituação, por essa razão, importante se faz a apreciação de algumas teorias a respeito.

A primeira teoria é a “Teoria Psicológica” desenvolvida em 1927 por Franz Von Liszt, que trazia a culpabilidade como um laço psicológico entre a conduta e o resultado por intermédio do dolo e da culpa, ou seja, de modo claro seria como dizer que a culpabilidade é um elo psicológico que conecta o autor ao resultado que foi produzido por sua ação (BITENCOURT, 2008).

A referida teoria trazia a ideia de que a conduta dividia-se em duas partes, uma externa (ilicitude, de caráter objetivo) e a interna (culpabilidade, de natureza objetiva) (QUEIROZ, 2011). Esta teoria seria produto do positivismo científico imperante no final do século XIX, momento em que se passou a ter como paradigma de ciência o estudo causal-explicativo, com base nas ciências naturais e sociais, impulsionadas pelas teorias de Darwin, Comte e Spencer (PRADO, 2010).

De acordo com Ronaldo Tanus Madeira, a imputabilidade, nesta teoria, passa a exercer papel fundamental, uma vez que:

Um doente mental jamais poderá agir com dolo ou culpa, porque, sem a capacidade psíquica para a compreensão do ilícito, não há nenhuma relação psíquica relevante para o Direito Penal, entre o agente e o fato. Sem a imputabilidade, não se perfaz a relação subjetiva entre a conduta e o resultado. Não se pode falar em dolo ou culpa de um doente mental. O dolo e a culpa, como formas de exteriorização da culpabilidade em direção à causação do resultado, pressupõem a imputabilidade do agente (MADEIRA apud GRECO, 2009, p. 385).

De igual forma, para Liszt, a imputabilidade se dá com:

[...] aquele estado psíquico do autor que lhe garanta a possibilidade de conduzir-se socialmente, isto é, com a faculdade de determinar-se de um modo geral, pelas normas da conduta social, sejam pertencentes ao domínio da religião, da moral, da inteligência, etc., ou aos domínios do direito (LISZT apud TANGERINO, 2011, p. 59).

Assim, a Teoria Psicológica prega que a culpabilidade está na relação subjetiva entre o autor e o fato (PRADO, 2014). Em resumo, o “o ato culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável” (LISZT apud PRADO, 2014, p. 347). Complementam Bierrenbach (2009) e Prado (2014), que a teoria psicológica agrega os elementos subjetivos do delito na culpabilidade, quais sejam, dolo e culpa, porém, considera a imputabilidade apenas como seu pressuposto.

Já a teoria Normativa, foi pensada em 1907 por Reinhard Frank, e trazia em seu bojo requisitos para a culpabilidade como a imputabilidade, conforme elucidada Bitencourt que dispõe:

Essa concepção, que preferimos denominar de psicológico normativa, vê a culpabilidade como algo que se encontra fora do agente, isto é, não mais como um vínculo entre este e o fato, mas como um juízo de valoração a respeito do agente. Em vez de o agente ser portador da culpabilidade, de carregar a culpabilidade em si, no seu psíquico, ele passa

a ser o objeto de um juízo de culpabilidade, que é emitido pela ordem jurídica (2008, p. 343).

Dessa forma, a exigibilidade da conduta passou a ecoar sobre todo o conceito de culpabilidade. Ou melhor, em outras palavras, para que o ato ilícito que o sujeito cometeu fosse passível de punição, não bastaria somente que se verificasse o dolo e a culpa, mas sim que, no momento do cometimento do ilícito, podia-lhe exigir uma conduta conforme o direito (GRECO, 2009).

Assim, “os elementos essenciais da culpabilidade para a presente teoria seriam, portanto, a imputabilidade, o dolo e a culpa e a inexigibilidade de conduta diversa” (GRECO, 2009, p. 388).

Ao passo, que o dolo representando a verificação de consciência da ilicitude, a imputabilidade deixando de ser pressuposto e tornando-se um elemento efetivo da culpabilidade, e, por fim, a inexigibilidade de conduta diversa, tornando-se uma causa de exclusão de culpabilidade (PRADO, 2014).

Todavia, ambas as teorias, em que pese suas contribuições, sofreram críticas. Dentre tantos debates acerca das falhas da teoria normativa, três foram os pontos que mais se destacaram. Em primeiro lugar, acerca da separação do dolo dos demais elementos subjetivos do tipo, uma vez que o dolo passou a integrar a culpabilidade (BIERRENBACH, 2009).

Diante das falhas das teorias apresentadas anteriormente, foi elaborada a chamada Teoria Normativa Pura ou Teoria Finalista e o conceito pessoal de injusto, tendo como seu precursor Hans Welzel, o qual revolucionou, simultaneamente, a teoria do tipo, referente ao dolo, e a teoria da culpabilidade (SANTOS, 2000).

Os juristas Damásio de Jesus (2010) e Juarez Cirino dos Santos (2000) explicam que sob a ótica da teoria finalista, o conceito normativo de culpabilidade se caracteriza pela seguinte estrutura: capacidade de culpabilidade, ou seja, a imputabilidade; conhecimento real ou possível do injusto; e, por fim, a exigibilidade de comportamento conforme a norma, isto é, exigibilidade de conduta diversa.

Nesta teoria, a imputabilidade deixa de ser pressuposto da culpabilidade, baseado na ideia do “poder atuar de outro modo”, e torna-se condição central de reprovabilidade. Quanto à possibilidade do conhecimento da antijuridicidade do fato, analisa-se, primeiramente, se o indivíduo teria plenas condições de conhecer a ilicitude do fato, para adequar sua conduta ao ordenamento jurídico. Caso o sujeito a desconheça, esta possibilidade não afasta o dolo, mas pode afastar a culpabilidade (PUIG, 2007).

A Teoria Normativa Pura foi de extrema importância no avanço dos estudos sobre a culpabilidade, inclusive esta é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, ainda assim, não conseguiu livrar-se das críticas, sobretudo, no que tange ao afastamento entre culpabilidade e ilicitude, dolo eventual e culpa em sentido estrito (JESUS, 2010).

O doutrinador Rogério Greco (2012, p. 447) assevera que “nos moldes da concepção trazida pelo finalismo de Welzel, a culpabilidade é composta pelos seguintes elementos normativos: a) imputabilidade; b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato; c) exigibilidade de conduta diversa”.

Acerca desses elementos, Cleber Masson (2011, p. 441) dispõe:

Esses elementos constitutivos da culpabilidade estão ordenados hierarquicamente, de tal modo que o segundo pressupõe o primeiro, e o terceiro os dois anteriores. De fato, se o indivíduo é inimputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. E, se não tem a consciência potencial da ilicitude, não lhe pode ser exigível conduta diversa (MASSON, 2011, p. 441).

Distinguir se o sujeito tinha plenas condições de compreender a ilicitude de sua conduta na hora que comete o crime, é uma obrigação legal, que fixou parâmetros eficientes, com o propósito de justificar a pena e suas implicações.

Neste sentido, a imputabilidade é o “atributo jurídico de indivíduos com determinados níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica, necessários para compreender a natureza proibida de suas ações ou orientar o comportamento de acordo com essa compreensão”. Em outras palavras, é a

possibilidade de responsabilizar um agente pelo fato típico e ilícito cometido (SANTOS, 2000, p. 215).

Com enfoque na inimputabilidade por doença mental, em sede doutrinária, são adotados três critérios para sua verificação: os sistemas biológico, psicológico e o biopsicológico. A respeito disso, leciona Fernando Capez:

a) Sistema biológico: a este sistema somente interessa saber se o agente é portador de alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso positivo, será considerado inimputável, independentemente de qualquer verificação concreta de essa anomalia ter retirado ou não a capacidade de entendimento e autodeterminação. [...] Foi adotado, como exceção, no caso dos menores de 18 anos, nos quais o desenvolvimento incompleto presume a incapacidade e vontade (CP, art. 27). Pode até ser que o menor entenda perfeitamente o carácter criminoso do homicídio, roubo, ou estupro, por exemplo, que pratica, mas a lei presume, ante a menoridade, que ele não sabe o que faz, adotando claramente o sistema biológico nessa hipótese. b) Sistema psicológico: ao contrário do biológico, este sistema não se preocupa com a existência de perturbação mental no agente, mas apenas se, no momento da ação ou omissão delituosa, ele tinha ou não condição de avaliar o carácter criminoso do fato e de orientar-se de acordo com esse entendimento. [...] c) Sistema biopsicológico: combinam os dois sistemas anteriores, exigindo que a causa geradora esteja prevista em lei e que, além disso, atue efetivamente no momento da ação delituosa, retirando do agente a capacidade de entendimento e vontade. (2015, p. 329-330).

O Código Penal Brasileiro vigente adotou o sistema biopsicológico. Neste passo, a imputabilidade penal está prevista no artigo 26 do texto legal, *in verbis*:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao

tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 2014).

Destaca-se, com as palavras de Alexandra Carvalho Lopes de Oliveira que:

[...] o legislador adotou a técnica de afirmação negativa, conceituando o que era inimputável para, inversamente, poder definir-se o imputável. Assim, pelo que se infere do diploma legal, nos leva a concluir que a imputabilidade do indivíduo a a) existência de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e b) a absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (2012, p. 32).

Diante disso, entende-se por doenças mentais, todas as alterações da saúde mental, independentemente de sua origem. Assim, fazem parte não somente as psicoses como também as neuroses, embora estas dificilmente acarretem em total incapacidade de compreensão ou de autodeterminação (PRADO, 2014).

Vale ainda ressaltar que “a única maneira de se configurar e comprovar a doença mental e o desenvolvimento incompleto ou retardado é através de uma perícia médica” (OLIVEIRA, 2012, p. 33). Sendo verificada a completa inimputabilidade do indivíduo, o juiz deverá absolvê-lo, nos termos do artigo 386, inciso V do Código de Processo Penal, também conhecido como ‘absolvição imprópria’, e por consequência, aplicar-lhe uma medida de segurança (BIERRENBACH, 2009).

Sobre medida de segurança, dispõe o artigo 98 do Código Penal Brasileiro:

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º (BRASIL, 2013).

De tal modo, que “quando a medida de segurança é estabelecida, esta possui caráter curativo, e não punitivo” (Trindade, 2009, p.127). A doutrina majoritária classifica o psicopata como semi-imputável, pois ele possui a capacidade de compreensão de seus atos ilícitos, mas devido ao transtorno de personalidade, não é plenamente capaz de controlar suas atitudes, não possuindo a autodeterminação (SZKLARZ, 2009).

A semi-imputabilidade refere-se a uma culpabilidade reduzida devido à constatação de uma dificuldade mental, seja está em razão de um transtorno da saúde mental ou por déficits no desenvolvimento mental do indivíduo (VASCONCELLOS, 2009). Por fim, constatada a semi-imputabilidade, o indivíduo terá a pena reduzida, de um a dois terços ou será encaminhado a um hospital psiquiátrico, como previsto no artigo 26 do Código Penal (SZKLARZ, 2009).

Assim sendo, serão analisadas no capítulo a seguir, as sanções penais previstas, eficácia e suas aplicações para o criminoso psicopata considerado semi-imputável, bem como possibilidades de reincidência.

4. SANÇÕES PENAIS, EFICÁCIA E SUAS APLICAÇÕES PARA O CRIMINOSO PSICOPATA.

A pena, segundo Damásio, consiste em uma “sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico” (JESUS, 2005, p. 519). No que se refere à sua função, destacam-se as palavras de Nucci, para quem a pena almeja “reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado” (2005, p.341).

Entretanto, “a grande problemática do *jus puniendi* quando aplicado aos casos envolvendo psicopatas é a incapacidade que estes possuem de entender a dimensão dos atos cruéis praticados, ou seja, a punição para eles não são um meio impeditivo para o cometimento de novo fato delituoso”. (FERRARI, 2001, p.102). Nesse sentido, aduz o professor Odon Ramos Maranhão:

A experiência não é significativamente incorporada pelo psicopata (antisocial). O castigo, e mesmo o aprisionamento, não modificam seu comportamento. Cada experiência é vivida e sentida como fato isolado. O presente é vivenciado sem vínculos com o passado ou futuro. A capacidade crítica e o senso ético se comprometem gravemente (2008, p.88).

Atualmente o ordenamento jurídico não possui pena específica aplicada aos psicopatas criminosos, o que revela a vulnerabilidade do sistema. Assim, o modelo de punição é *lato sensu*, ou seja, há previsão de punição para os psicopatas pelas medidas de segurança, porém, a medida de segurança pode ser aplicada também a um não psicopata o que a torna (in)eficaz. (ZAFFORONI; PIERANGELI, 1997).

Segundo o entendimento do professor Guilherme Nucci, medida de segurança pode ser denominada como uma espécie de sanção penal destinada aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, autores de um fato típico e antijurídico, devendo ser submetidos à internação ou a tratamento ambulatorial (NUCCI, 2005, p.459).

Por muito tempo discutiu-se qual seria o tempo de duração adequado para a aplicação da medida de segurança. No entanto, em 2012, fora consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça a concepção do Supremo Tribunal Federal, restringindo o período da medida de segurança, por analogia, a restrição máxima de 30 anos consagrada pelo Código Penal, em seu art. 75 (STJ, 2012). Deste modo, finalizado o período de internação, o agente não deverá ser internado outra vez.

A problemática central das medidas de segurança aplicadas aos psicopatas é que tal medida trata o indivíduo como uma pessoa doente e que após cumprida a sanção penal a ele imposta será considerada curada e conseqüentemente, poderá voltar ao convívio social. Porém, uma pessoa que possui uma personalidade psicopata não é tida como alguém doente, isto porque não se

sabe qual foi o marco que levou tal pessoa a romper com a realidade (ZAFFORONI; PIARENGELI, 1997).

Ou seja, um psicopata não tem a capacidade de arrependimento, ele entende o que é errado e certo, sendo assim, ainda que este acabe cumprindo sua punição, não se demonstrará arrependimento do que fez. Deste modo, no momento em que for solto, o psicopata provavelmente voltará a realizar os mesmos crimes que o levou a ser preso (UGIETTE, 2008).

Assim, mais uma vez se vê que a medida de segurança tem caráter administrativo e preventivo, buscando inequivocamente a cura do paciente e a proteção social, o que não é o caso do psicopata, pois, como defendido acima, não há cura para a personalidade psicopata, de forma que é extremamente equivocado e ineficaz estipular prazo para cumprimento, ou melhor, para a cura de um psicopata (ZAFFORONI; PIARENGELI, 1997).

Para Oliveira, o tratamento dispensado aos criminosos psicopatas pela legislação penal pátria:

Não serve como forma de punição aos psicopatas [...] uma vez que apresenta inteira indiferença aos institutos penalizadores diante da sua carência afetiva. E sem o adequado acompanhamento "brincarão" com o sistema carcerário, tendo em vista que poderão manipular a realidade apresentando bom comportamento para serem beneficiados com a progressão de regime, por exemplo, voltando mais rápido à convivência com a população (2012, p. 2).

Verifica-se, portanto, a ineficácia da aplicação das medidas de segurança aplicadas ao psicopata no Brasil; em contrapartida o encarceramento comum tem se mostrado insuficiente para os diagnosticados como psicopatas. Costumam serem os mais indisciplinados no sistema prisional, além de insubmissos a reeducação, à advertência e à correção (GRECO, 2012,).

Acerca da problemática surgem diversas soluções, entre elas a apresentada por Christian Costa, que dispõe:

A solução para o problema estaria na criação de prisões especificamente destinadas a psicopatas, onde estes ficariam isolados dos presos comuns, de maneira que não poderiam controlá-los. Esta prisão deveria receber uma atenção especial do governo, contando sempre com equipe médica e psicológica para acompanhamento permanente, caso contrário o que seria a resolução do problema, acabaria sendo verdadeira bomba prestes a estourar. Na impossibilidade de prisões específicas para os dissociais, [...] o compartilhamento de instituições prisionais com presos comuns também surtiria efeitos, se psicopatas e presos comuns não fossem colocados em contato, a partir de uma escala de horários diferenciada, e de selas equidistantes (2008, P. 97).

Já o doutrinador José Alves Garcia, partindo do pressuposto de que não há como tratar as personalidades psicopáticas, propõe a adoção de prisão perpétua:

(...) nem uma absolvição perigosa e nem uma punição ilógica; mas o direito de defesa social exige que nos pronunciemos por um isolamento definitivo de certos psicopatas, em especial dos recidivistas. (1942, p. 418)

Outros autores se posicionam pela adoção de determinadas políticas criminais após o cumprimento da sanção penal. Nesse sentido, Nathalia Cristina Soto Banha:

(...) deve ser observada pela política criminal para o psicopata que mesmo após o fim da punição, seja ela medida de segurança ou não, ele precisa ser monitorado eternamente, já que possui em si a capacidade de cometer crimes, bastando uma válvula de escape, que pode se dar nas situações mais inusitadas; para isso ele poderia fazer uso da "tornozuleira eletrônica", de maneira que sempre seria possível achá-lo. Outro ponto interessante é que mesmo em liberdade e com a tornozuleira, ele passasse por perícias periódicas (por uma equipe interdisciplinar) para que fosse analisado como anda seu transtorno (2008, p. 3).

Nesse contexto, verifica-se que a psicopatia representa um verdadeiro desafio para a Psiquiatria Forense, não tanto pela dificuldade em identificá-la, mas sim para auxiliar a Justiça sobre o lugar mais adequado para esses pacientes e como tratá-los: manicômios judiciários, penitenciárias ou outros estabelecimentos (MASI, 2018).

A falta de penalidade específica a ser aplicada aos psicopatas criminosos no ordenamento jurídico dificulta uma resposta adequada nos casos de crimes cometidos pelos mesmos, surgindo a necessidade de um tratamento individual e principalmente uma estrutura adequada para atender todas às peculiaridades na psicopatia no sistema penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou evidenciar o conceito de psicopatia percorrendo sobre as três principais teorias existentes, demonstrando ainda as características do indivíduo psicopata, fundamental para diferenciá-lo do criminoso comum.

Foi estudada a teoria do crime com enfoque na culpabilidade, inimputabilidade e imputabilidade, no intuito de identificar se os indivíduos diagnosticados como psicopatas podem e ou devem ser responsabilizados, além dos meios de punição mais utilizados.

Restou evidenciado ainda, a ineficácia das medidas de segurança aplicadas aos psicopatas diante da incapacidade de arrependimento desses indivíduos, apesar de entenderem o que é errado e certo, de igual modo o encarceramento comum, que se mostrou insuficiente para os diagnosticados como psicopatas.

Ao longo do artigo verificou-se que os psicopatas não podem ser tratados como criminosos plenamente capazes, tampouco como totalmente incapazes, gerando um verdadeiro impasse, infelizmente ainda sem solução, o que nos leva a crer que a discussão sobre o tema deverá prevalecer até que seja encontrado o tratamento jurídico adequado para esses indivíduos.

Por fim, restou incontestavelmente demonstrado a necessidade patente de enfrentar o tema e preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico

brasileiro, afim de estabelecer critérios específicos e adequados para tratar o psicopata criminoso, de modo a auxiliar na prevenção e coibição da prática de atos criminosos por pessoas diagnosticada com psicopatia.

6. BIBLIOGRAFIA

BANHA, Nathalia Cristina Soto. A resposta do Estado aos crimes cometidos por psicopatas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321>. Acesso em 22 mai. de 2019.

BIERRENBACH, Sheila. Teoria do Crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 21. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Parte Geral. 10° ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Maria Inês G. F. Conceito de psicopatia: elementos para uma Definição. Rio de Janeiro, 1981. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/abp/article/view/18612/17353>>. Acesso em 22 dez. de 2018.

CAETANO. Dorgival. Classificação de Transtornos mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas – Coord. Organiz. Mund. da Saúde, Porto Alegre: Artmed, 1993.

CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal – 19°, Editora: Saraiva, 2015.

COSTA, Chirstian. Curso de Psicologia Criminal. Belém: Planeja RH, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina legal. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

GARCIA, José Alves. Compendio de psiquiatria. Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1942. Disponível em <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/21158/21158.PDF>> Acesso em: 25 abr. 2019.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 11 ed. Niterói: Ímpetus: 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte geral. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 14.ed. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal: parte geral. 28 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA JR, José César Naves. Manual de Criminologia. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MARANHÃO, Odon Ramos. Psicologia do Crime. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MASI, Carlo Velho. Transtorno de personalidade antissocial e Direito Penal. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/transtorno-personalidade-antissocial/>> acesso em 25 mai. de 2019.

MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

MECLER, Katia. Psicopatas do cotidiano. 1. Ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de. A Responsabilidade Penal dos Psicopatas. 2012. Disponível em <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/21158/21158.PDF>> Acesso em: 24 abr. 2019.

PRADO, Luís Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais. 2010.

PUIG, Santiago Mir. Direito Penal – Fundamentos e Teoria do Direito. São Paulo: Revista do Tribunal, 2007.

QUEIROZ, Paulo, Conceito de Direito Penal. 2011. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/>. Acesso em: 20 de abril. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. A Moderna Teoria do Fato Punível. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentres perigosas: o psicopata mora ao lado. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

SILVA. De Plácido e, Vocabulário Jurídico. 28. ed. Forense, 2009, V.02, p.802 Sociopatia x Moralidade, um mal antigo. Revista Jurídica Consulex. Nº 347, Ano XV, edição de Jul. de 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Internação por medida de segurança não pode ultrapassar tempo máximo da pena. STJ. 2012. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texo=105635 Acesso em: 20 mai. 2019.

SZKLARZ, Eduardo. O Psicopata na Justiça Brasileira. Super Interessante, São Paulo, jul. 2009. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cotidiano/psicopata-justicabrasileira-620213.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

TANGERINO, Davi. Culpabilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. Psicopatia: a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VASCONCELLOS, Silvio José Lemos.; GAUER, Gabriel José Chittó.; HAACK, Karla Rafaela.; PEREIRA, Rossana Andriola.; SILVA, Roberta Salvador. A Semi-imputabilidade Sob o Enforque da Neurociência Cognitiva. Revista de Estudos Criminais, n. 34, p. 57-67, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFORONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

[1] Mestre em Psicologia (UFSC). Especialista em Saúde da Família (UFSC) e em Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes (USP). Atualmente é professora de Psicologia Forense no curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, psicóloga responsável pelo Núcleo de Apoio ao Discente, Docente e Egresso (NADDE) desta instituição, e Diretora Acadêmica. Psicóloga.

Email: dir.acad@fasec.edu.br

GUARDA E RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA COMO FERRAMENTA DE PREVENÇÃO A ALIENAÇÃO PARENTAL

JAILANE SOUZA CARDOSO: Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: A guarda compartilhada pode ser uma ferramenta de prevenção a alienação parental pois determina aos juízes que estabeleçam o compartilhamento obrigatório da custódia dos filhos se não houver acordo entre o casal. Os objetivos desse estudo foram conhecer sobre a guarda compartilhada e alienação parental e discutir as leis no que concerne a seus efeitos e consequências perante a família. O método adotado foi o dedutivo, em uma abordagem qualitativa realizada em uma revisão bibliográfica com embasamento teórico aplicado sobre a guarda compartilhada e alienação parental. Conclui-se que a convivência harmoniosa e compartilhada com ambos os genitores é indispensável à formação e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social de qualquer criança, assim além de ter direito ao convívio partilhará os deveres da criação em sua amplitude.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação parental; Ferramenta de prevenção; Guarda compartilhada.

ABSTRACT: Shared custody can be a tool to prevent parental alienation by requiring judges to establish mandatory custody sharing if there is no agreement between the couple. The objectives of this study were to learn about shared custody and parental alienation and to discuss the laws regarding their effects and consequences to the family. The method adopted was the deductive, in a qualitative approach carried out in a literature review with a theoretical basis applied on shared custody and parental alienation. It is concluded that harmonious and shared coexistence with both parents is indispensable for the formation and physical, psychic, moral and social development of any child, so besides having the right to live together, it will share the duties of creation in its amplitude.

KEY WORDS: Parental alienation; Prevention tool; Shared guard.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS EFEITOS. 2.1 LEI 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. 2.2 PROBLEMAS PSICOLÓGICOS CUSADOS PELA ALIENAÇÃO PARENTAL. 3 GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI 13.058/14. 4 A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA, SEUS EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS PERANTE A FAMÍLIA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Com o rompimento da sociedade conjugal o poder familiar se mantém intacto, sendo o convívio diário entre pais e filhos modificado, assim aos genitores compete decidir acerca da guarda dos filhos.

A guarda da criança é exercida diariamente por aquele que mora com a criança, seja pai, mãe ou outro parente. Não precisa de decisão judicial para ter a guarda de fato, pois é um termo utilizado para se referir a uma situação fática. Esta guarda pode ser transformada em guarda de direito, quando requerida ao magistrado competente.

Com a delegação da guarda a um dos pais ou responsável, tem-se estabelecido ao outro genitor não guardião o direito de visita ao filho, e isto enfraquece o poder familiar, pois este terá dificuldades de exercer suas prerrogativas de maneira integral.

O que pode acabar ocasionando a situação de alienação parental contra o não detentor da guarda da criança. A alienação parental surge das constantes disputas dos pais pela guardados filhos. Numa infinita maioria dos casos a não aceitação por um dos cônjuges com a separação e, diante de sua mágoa, utiliza-se de argumentos falsos para afastar a criança do outro cônjuge.

Desse modo, com a prioridade de assegurar a proteção dos filhos quanto aos conflitos parentais a guarda compartilhada tem se destacado como ferramenta de grande utilidade para desmontar esse comportamento, pois constitui o melhor modelo capaz de proporcionar o convívio em comum entre pais e filhos.

Os objetivos desse estudo foram conhecer sobre a guarda compartilhada e alienação parental e discutir as leis no que concerne a seus efeitos e consequências perante a família.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS EFEITOS

Pereira (2017) afirma que o conceito sobre alienação parental surgiu na América do Norte, e foi amplamente divulgado pelo psiquiatra infantil Richard Alan Gardner, chefe do departamento de Psiquiatria Infantil da faculdade de medicina e cirurgia da Universidade de Columbus localizada em New York, Estados Unidos, onde baseou-se em experiências e estudos desde a década de 80.

Desse modo, entende-se que o ato de um dos genitores em tentar afastar o menor do outro progenitor como um castigo por um divórcio já era descrito desde os anos 40, porém Gardner foi o primeiro a definir uma síndrome específica. No Brasil começou a ser divulgada a partir de 2001.

Segundo Nogueira e Noronha (2015) através de estudos sobre as ações de guarda de filhos nos tribunais norte-americanos, Richard constatou que a mãe ou o pai de uma criança a induzia a romper os laços afetivos com o outro cônjuge, partindo desse pressuposto Richard pesquisou o fenômeno da síndrome da alienação parental através da observação pessoal em seu consultório particular para explicar o que ele considerava ser uma epidemia de falsas acusações de abuso sexual infantil.

Pode-se constatar então, que a síndrome é um distúrbio da infância e adolescência que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar se dá com o esforço feito por um dos pais, que visa denegrir a imagem do outro genitor, numa campanha feita pela própria criança sem que se tenha nenhuma justificativa.

De acordo com Pereira (2017) essa síndrome surge inicialmente no contexto das disputas em torno da custódia infantil. Sua primeira manifestação verifica-se numa campanha que visa denegrir a figura parental perante a criança, uma campanha que não tem justificativa.

Margraf e Svistum (2016) evidencia que a síndrome se desenvolve a partir da manipulação de pensamento, realizado por um dos pais, para que a crianças rejeite

o outro. O genitor alienador manipula a consciência da criança, dessa maneira tenta impedir ou destruir o vínculo dela com o outro genitor, o que afeta diretamente o desenvolvimento e a saúde emocional da criança ou adolescente.

Cabe dizer aqui, que a alienação parental engloba sequelas emocionais e comportamentais da criança vítima desse comportamento. Não menos o genitor que também é vítima, sofre igualmente as consequências do rompimento da relação com o filho.

Nogueira e Noronha (2015) salienta que o Estado tem o interesse em manter a família unida permanentemente, tanto é que a Constituição Federal trouxe em seu bojo, no capítulo referente à família, mais especificamente no artigo 226, como sendo esta a base da sociedade e tendo especial proteção do Estado.

Nesse contexto, entende-se que o Estado busca assegurar a proteção da Família como instituto fundamental de desenvolvimento social, pois sua conduta frente a esse caso é imprescindível no aprimoramento do indivíduo como ser social em busca de sua dignidade quanto princípio.

A Alienação Parental é consequência de uma ruptura da vida comum, que por algum motivo, trouxe para um dos cônjuges um sentimento de traição, de raiva, ou vingança, instigando uma cruzada difamatória para que o filho do casal alimente em si toda a frustração e impotência diante do término do casamento. Assim, a criança passa a ser instrumento do indivíduo que outorga se de "genitor alienante", papel que invariavelmente cabe às mães, contra o "genitor alienado" (Bezerra, 2017).

Normalmente a ruptura da vida conjugal o genitor alienante foi mal recebida e mal resolvida, dando ênfase a sequelas emocionais, e para afagar seu próprio ego, o genitor alienante busca dificultar o ex-cônjuge privando-o do convívio do filho. Desse modo, dá-se a entender que o genitor alienante atue movido por vingança e lamentavelmente utilize os filhos como instrumento de sua raiva.

2.1 LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010 (LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL).

Sperandio e Resende (2012) ensinam que a contextualização da lei que trata da alienação parental 12.318/2010 foi aprovada em 26/08/2010. Essa iniciativa consiste em uma ação pioneira da América Latina, antecipando-se a países da

Europa além de Canadá e Estados Unidos, haja vista que, nesses lugares, os estudos acerca da alienação parental estão mais avançados, mas, até o momento, não existe legislação pertinente.

Em 26 de agosto de 2010 foi sancionado o texto da Lei 12.318 (lei de alienação parental) com o seguinte teor quanto ao seu conceito:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

A referida lei ajuda de certa forma a coibir a prática da alienação parental, uma vez que é caracterizada essa conduta o juiz poderá utilizar-se de instrumentos processuais para inibir ou atenuar tal prática, como por exemplo aplicar multa ao alienador ou apenas adverti-lo, assim, por ser ainda uma lei recente, faz-se necessária uma maior publicidade sobre as formas como o genitor que sofre com esta situação pode se defender.

Segundo Lemos Junior (2014) a situação mais frequente da Síndrome da Alienação Parental está associada a ruptura do casamento, por desentendimento que pode causar entre os genitores, ou por parte de um deles, um sentimento de animosidade, de ódio, de inimizade que desencadeia um processo de destruição, vingança, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge. Neste processo vingativo, o filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro.

Sperandio e Resende (2012, p.5) ensina que:

A lei exemplifica outras modalidades de alienação parental como inciso VI que fala com clareza o momento que o genitor alienador que apresentar denúncias infundadas contra familiares do genitor ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.

A última forma de alienação parental segundo a lei é o inciso VII que completa a disposição do inciso III. O genitor que tenha o menor sob sua guarda poderá mudar-se da

cidade para começar vida nova em outra localidade, inclusive em outro país, podendo levar consigo o menor. Porém, se essa mudança for dolosamente com o deliberado interesse de privar o genitor da convivência dos filhos, haverá a alienação parental.

É importante lembrar que a alienação parental não ocorre apenas pelos genitores, mas também pelos avós ou por qualquer pessoa que tenha o menor sob sua autoridade ou guarda, a alienação parental é considerada um abuso moral, uma agressão emocional dirigida contra o menor, por um dos genitores, interferindo na sua formação psicológica.

Nogueira e Noronha (2015) asseguram que essa tem lei, tem caráter mais educativo do que sancionatório, apresentando as consequências que podem trazer à criança, e, em último caso, como a forma de punir o que pratica alienação parental é suspender o direito de visita ou a guarda da criança, o juiz pode determinar o tratamento psicológico do que pratica a alienação, o que de fato tem que acontecer.

Desse modo, cabe dizer que para que seja caracterizada a prática da Alienação Parental, não bastam meras alegações, devem ser colhidos para que, com uma análise cuidadosa do caso, se verifiquem indícios que realmente levem à alienação parental.

Bezerra (2017) destaca que o conjunto de sintomas que aparecem na criança geralmente juntos, que indicam a Síndrome da Alienação Parental, que são: campanha denegritória contra o genitor alienado; racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação; falta de ambivalência; fenômeno do “pensador independente”; apoio automático ao genitor alienador no conflito parental; ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado; presença de encenações ‘encomendadas’; propagação da animosidade aos amigos e à família extensa do genitor alienado.

Desta forma, as crianças que sofrem a Síndrome de Alienação Parental, demonstrarão os sintomas descritos, que podem ser considerados leve, quando não apresentados todos esses sintomas, considera-se moderada ou severa a Síndrome.

No entanto Ribeiro (2018) revela que a alienação parental muitas vezes não são praticada pelos pais, e sim feita pelos, avós, tios e demais parentes de convívio próximo da criança, com o objetivo de destruir a imagem que ela tem de seu

genitor, com a finalidade de obter alguma vantagem para com a criança, seja por querer o amor e respeito da criança somente para si, como para que a criança deixe de admirar e fortalecer laços com o seu genitor, ou até mesmo para forçar a criança a escolher um lado onde o alienante se mostra como vítima, fazendo com que a criança repudie tudo aquilo que o desagrada.

2.2 PROBLEMAS PSICOLÓGICOS CAUSADOS PELA ALIENAÇÃO PARENTAL

Paes (2017) evidencia que a família mudou em decorrência das transformações econômicas, políticas, culturais e sociais, também se faz necessário alterar os tipos de guarda, para cuidar dos filhos diante das profundas mudanças no relacionamento do casal, na sua ruptura no mundo contemporâneo, pois a falta de um dos genitores afeta consideravelmente na formação do indivíduo.

E com a evolução do Direito de Família, as questões emocionais das crianças e adolescentes, filhos de um casal que se separaram, começaram finalmente a ser levadas em consideração de uma forma protetiva.

Filzek (2016) ensina que atualmente a Alienação Parental é uma forma de maltrato ou abuso; é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição.

No entanto, essas complicações psicológicas do filho afetado pela alienação parental tras diversas consequências psicológicas, onde o indivíduo pode desenvolver além dos problemas psicológicos, transtornos psiquiátricos para o resto da vida.

Alguns dos efeitos devastadores sobre a saúde emocional, já percebidos pelos estudiosos, em vítimas de Alienação Parental, são: vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade ou nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem; dificuldade de adaptação em ambiente psicossocial normal; insegurança; baixa autoestima;

sentimento de rejeição, isolamento e mal estar; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido traído e usado pela pessoa que mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado (VIEIRA E BOTA, 2013, p.5).

Desse modo, entende-se que para não haver todos os transtornos acima citados, deve-se reforçar que a guarda compartilhada não é um instituto de exceção, devendo ser a regra, vista ser mais benéfica aos filhos. Sua não concessão, conforme os ditames do caso concreto, poderá ensejar em uma ofensa à própria Constituição Federal, em seu artigo 227, haja vista a previsão constitucional da convivência em família.

Assim, em face desse cenário, em agosto de 2010, foi sancionada no Brasil a Lei nº 12.318, que dispõe sobre a alienação parental e assim como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, tem o objetivo de proteger a criança e seus Direitos Fundamentais, preservando dentre vários direitos o seu convívio com a família.

Filzek (2016) reforça que com o advento da lei acima mencionada, surge a necessidade de refletir qual seria o papel da psicologia nos processos envolvendo as situações de conflitos e disputas familiares, uma vez que existe uma série de questões e diferentes posicionamentos envolvendo a problemática da chamada Alienação Parental.

Além disso, com o advento da nova lei, conseqüentemente abriu-se espaço para a participação de outros profissionais junto ao judiciário. Psicólogos, assistentes sociais e peritos também participam. No entanto, reforça-se a orientação de que crianças e adolescentes, considerados vítimas sejam acompanhadas por um psicólogo ou psicanalista externo para que possam tratar individualmente de suas questões. Em muitos casos, o acompanhamento psicológico dos pais pode ser uma boa forma de tentar um entendimento prévio que não precise chegar ao judiciário.

Segundo Sperandio e Resende (2012) foi nos escritórios dos psicólogos e psiquiatras que a síndrome começou a ganhar forma, posto que a justificativa do projeto de lei nacional sobre a matéria faz referência a aspectos emocionais e psicológicos encontrados em crianças que seriam vítimas da alienação parental, assim verifica-se que tais proposições mereceram estudos na área da Psicologia, sobre crianças e jovens em famílias após o divórcio ou quando vivenciam essa situação mesmo convivendo com os genitores ou por influência de seus avós ou de terceiros.

Assim, o direito surge para punir e melhor identificar aqueles que cometem esse ato, provocando a síndrome dentro do lar e prejudicando os próprios filhos

3. GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014.

Dias (2010) leciona que:

No Código Civil de 1916, não havia a dissolução do casamento, havia o instituto chamado desquite, e os filhos menores do casal, ficava com o cônjuge considerado inocente. Assim, o modelo adotado pelo Código Civil de 1916 era nitidamente opressor, pois para definir a guarda, era antes identificado o cônjuge culpado pela separação, para depois de então se tomar alguma atitude. Os filhos eram entregues como prêmio ao cônjuge inocente, punindo desta forma o cônjuge culpado, com a pena da perda da guarda da prole. Mesmo que a mãe fosse culpada, as crianças não poderiam permanecer com ela, e estas regras cheias de conservadorismo deixavam de priorizar os interesses da criança (Dias, 2010, p. 436).

Tartuce (2015) cita que anteriormente ao Código Civil de 2002, a lei 6.515/1977 estabelecia a influência da culpa na fixação da guarda. De início, o art. 9.º da Lei do Divórcio prescrevia que, no caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos.

Assim, no caso de separação judicial, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa à dissolução, ou seja, com o cônjuge inocente. Mas se a separação judicial fosse responsável ambos os cônjuges, os filhos menores ficariam em poder da mãe.

De acordo com Madeira (2017) antes da edição da Lei 13.058/14, que dispõe sobre a guarda compartilhada como regra para os filhos de pais divorciados, esse entendimento já era pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ). O tribunal julgou casos que acabaram por inspirar as alterações legislativas.

Nesse contexto, o entendimento do STJ prioriza em primeiro lugar o interesse da criança, partindo do pressuposto de que não é indispensável haver convívio amigável entre os pais separados para que se dê o compartilhamento da guarda.

A Lei n.º 13.058/2014, que no Senado recebeu o n.º 117/2013 e na Câmara o n.º 1.009/2011, onde teve sua origem, com autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, em que contribuí com consultor, modifica os dispositivos legais sobre guarda de filhos, constantes do Código Civil (arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634).

Essa lei estabelece o significado da expressão guarda compartilhada e dispõe sobre sua aplicação, sendo uma das principais mudanças no que tange a aspecto comportamental onde se desfez a “tradição” de que a guarda dos filhos automaticamente pertencia a mãe, restando ao pai o ônus de provar ser apto ao convívio com o filho (NOGUEIRA E NORONHA, 2015).

Porém, se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe por qualquer que seja o motivo, poderá deferir a guarda para a pessoa que for mais compatível no momento, observando o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. Assim, podemos claramente ver é o princípio constitucional do melhor interesse da criança.

De acordo com Barros (2018), a lei acima citada, após muito debate, foi aprovada por unanimidade, e sua finalidade é provocar um melhor olhar dos magistrados em relação à guarda compartilhada, que vinha sendo rejeitada nos processos contenciosos, sem a devida atenção do Código Civil que já previa essa espécie de guarda no §2º do art. 1.584.

O Estatuto da Criança e Adolescente ao longo dos seus ditames, salienta que a guarda compartilhada, é um dever de assistência educacional, material e moral que deverá ser cumprido para beneficiar o filho, garantindo uma digna sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico.

Margraf e Svistum (2016) vem sendo chamada de Lei da Igualdade Parental, onde busca aprimorar os avanços obtidos com a lei anterior, a qual tem o objetivo de definir a expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre a aplicação desse instituto jurídico.

Há de se reforçar que o ato alienatório não se mostra exclusivamente cometido pelos genitores, mas sim por qualquer parente que possua convívio com a criança e que possa tirar proveito dessa situação para afastar e até mesmo desfazer o vínculo entre o menor e seu genitor. A lei traz essas pessoas podendo ser os avós, ou qualquer um que tenha o menor sob sua autoridade ou guarda.

Dias (2010) afirma que a Constituição Federal, consagrou o princípio da igualdade e conseqüentemente assegurou tanto ao homem quanto à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, banuiu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar.

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

Nessa mesma linha o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em sujeitos de direito, trouxe toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais dos menores de 18 anos.

Segundo Ramalho (2017) a guarda compartilhada define os dois genitores como detentores iguais de direitos e deveres com relação ao menor. Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando minimizar as agruras causadas com o rompimento do vínculo matrimonial dos pais.

A alienação parental é a interferência psicológica negativa feita pelos genitores, avós, tios e demais parentes de convívio próximo da criança, com o

objetivo de destruir a imagem que ela tem de seu genitor, com a finalidade de obter alguma vantagem para com a criança, seja por querer o amor e respeito da criança somente para si, como para que a criança deixe de admirar e fortalecer laços com o seu genitor, ou até mesmo para forçar a criança a escolher um lado onde o alienante se mostra como vítima, fazendo com que a criança repudie tudo aquilo que o desagrade.

Dado o exposto entende-se, que qualquer que seja o modelo de guarda atribuído aos pais, o que deve prevalecer sempre é o bem-estar do filho. A chegada do divórcio é um sofrimento intenso para todos os envolvidos, mas muitas vezes é solução para a felicidade de todos. Para que esse sofrimento não seja tão sentido sobre a criança, é muito importante o elo entre pai e mãe, uma vez que eles deixam de ser um casal, mas não deixam de serem pais, mas na prática infelizmente acontecem de as pessoas não conseguirem entender esse final.

Ramalho (2017) cita que tanto a Constituição Federal quanto o ECA trazem a convivência familiar como um direito prioritário da criança e do adolescente, mas todo nosso ordenamento jurídico quando trata das relações familiares, preza pela ação conjunta dos genitores no que tange ao exercício do poder familiar, não importando se eles se encontram casados ou se já romperam o vínculo matrimonial.

O que ocorre é que a guarda usualmente coincide com a separação do casal, por conseguinte, não presente a necessária harmonia e convivência pacífica entre os pais. É nessa realidade que em muitos casos os magistrados proferem a decisão da guarda compartilhada quando solicitada por um dos genitores.

Margraf e Svistum (2016) diz que é importante que ambos os genitores mantenham laços de afeto e participem das decisões na vida de seus filhos, mantendo-se a "família biparental" através da guarda compartilhada. É fundamental para o desenvolvimento da pessoa humana a manutenção dos vínculos afetivos. A tendência é que a criança construa esse laço justamente com quem cuida dela, pela necessidade de proteção e segurança. Será essa presença a responsável pela vinculação de afeto.

No caso do juiz observar qualquer problema nesse sentido, será muito importante fazer um estudo do caso, com o apoio de uma equipe multidisciplinar

para a realização de perícias, com o objetivo de constatar de forma mais sólida a existência da alienação parental.

Dias (2010, p.432) leciona que:

O Código Civil olvidou-se de incorporar o princípio do melhor interesse, não atentando sequer ao paradigma ditado pelo ECA sob o título de proteção da pessoa dos filhos, de forma singela, estabelecia algumas diretrizes com referência à guarda, quando os pais deixam de conviver sob o mesmo teto, identificando a guarda como um atributo do poder familiar.

Barros (2018) reforça que na guarda compartilhada, os pais devem tomar decisões harmoniosas para que os filhos não se lembrem da separação, sendo deles exigida a doação do tempo para os cuidados básicos e complementares e perfeita aceitação do gerenciamento dúplice, o que recomenda delegar poderes, aceitar sugestões e, principalmente, quando necessário, ratificar medidas indicadas pelo ex-cônjuge ou sugerir outras melhores e que possam ser endossadas sem desenvolvimento de crises.

Nesse sentido, entende-se que a guarda compartilhada no momento, é o modelo mais adequado ao bem estar dos filhos após a separação do casal, pois impede que os laços entre os mesmos se enfraqueçam, além do que distribui entre os genitores os direitos e deveres do poder familiar.

4. A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA, SEUS EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS PERANTE A FAMÍLIA.

Lanfredi (2019) leciona que a guarda é o cuidado dos direitos inerentes a criança e ao adolescente outorgado aos seus genitores ou aqueles que exercem esse papel, que tem por objetivo tutelar e resguardar os filhos, através da tomada de decisões e da disponibilização de toda e qualquer forma de assistência.

Lanfredi (2019) ensina que:

Significa a obrigação imposta a alguém de ter vigilância e zelo para conservação do bem, de coisas ou pessoas, que estão sob sua responsabilidade. No Direito de Família a guarda refere-se aos filhos menores de 18 anos e significa o poder/dever dos pais de ter seus filhos em sua companhia para educá-los e criá-los.

Todavia, trata-se do instrumento pelo qual o poder familiar se efetiva, visando a aplicabilidade e a efetividade dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

Lanfredi (2019) relata que a paternidade e a maternidade são muito importantes pois se diferenciam pelo exercício de funções que se completam, no todo, do ponto de vista das necessidades básicas da vida do filho. Assim, o filho para ser concebido necessita fundamentalmente da contribuição do elemento masculino e do feminino, vai precisar dos dois na continuidade do existir, de maneira concorrente e complementar, ora mais de um, ora mais de outro, ora dos dois.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu Artigo 1.632:

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (BRASIL. CÓDIGO CIVIL. 2002).

Nesse caso, o rompimento do casamento não pode colocar em risco, nem confundir-se com a ligação parental, já que todo indivíduo nasce para uma família e necessita, através de todas as condutas de cuidado, desenvolver o sentimento de pertencimento nesse núcleo familiar para consolidar sua condição de ser humano.

Segundo Barros (2018) a guarda compartilhada é de extrema importância porque torna os direitos e obrigações dos genitores iguais, ameniza os traumas causados pela separação, uma vez que o menor terá a convivência recorrente tanto do pai como da mãe em sua educação. Respeita assim o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que a guarda unilateral apenas cria um elo financeiro entre o pai não-guardião e o menor.

Desse modo, a convivência entre o filho e o genitor que não possui sua guarda fica muito difícil, encurtando ainda mais os vínculos afetivos e em outros casos extinguindo.

De acordo com Lanfredi (2019) o compartilhamento da guarda possibilita que o genitor exerça, não apenas o direito da convivência familiar, como também todos os preceitos que norteiam as relações e o Direito de Família.

Esse entendimento oportuniza que a parte deixe de ser apenas o sujeito que visita e mantém, e passe a ser um indivíduo de significância real frente a construção e o desenvolvimento de seu filho.

Bueno (2016) argumenta que a guarda compartilhada deverá ser adotada somente quando comprovado que ambos os cônjuges possuem e apresentam condições de equilíbrio psíquico para a convivência conjunta, mesmo após a separação, garantindo que a criança não sirva de mecanismo de afronta entre os pais, o que acarretaria prejuízo maior na convivência com a criança não sendo possível mais garantir o seu interesse e suas necessidades, uma vez que ela não seria mais o objeto a se tomar maior cautela.

Sabe-se que na prática muitas vezes após o fim do casamento dificilmente os cônjuges possuem um relacionamento harmônico, devendo nos casos em que não há comum acordo entre os genitores que a criança fique sob a guarda de um deles, e caberá ao outro apenas o dever de visitar o menor.

Bueno (2016, p.10) leciona:

É necessário que os genitores estejam em harmonia para que a criança não seja feita de “pombo correio”, como geralmente ocorre nas guardas monoparental, única e exclusiva. Não podendo haver entre ambos rancores e sim diálogos e cooperação, com a finalidade de privilegiar os interesses dos filhos e ao mesmo tempo prevalecendo a igualdade entre pai e mãe, possibilitando que ambos exerçam ativamente seu papel.

Nesse contexto, busca o interesse maior que é o bem estar do menor para que este cresça sem traumas e amparado emocionalmente pelo pai e pela mãe igualmente.

Sabe-se que a alienação parental foi inserida no Direito brasileiro no ano de 2010, e já chegou ao Superior Tribunal de Justiça como tema de processos. Estão exemplificadas no dispositivo atitudes caracterizadoras da alienação parental e, além disso, existe a previsão de punições para seus praticantes.

Diversas decisões versam sobre a alienação parental, para melhor visualização do que foi mencionado, transcrevo abaixo julgados a título de exemplo:

TJMG-223680) FAMÍLIA – APELAÇÃO – AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – GUARDA COMPARTILHADA – AUSÊNCIA DE ACORDO ENTRE OS PAIS – INVIABILIDADE – PERMANÊNCIA ALTERNADA DO MENOR COM SEUS GENITORES – GUARDA ALTERNADA – IMPOSSIBILIDADE. Não há cogitar de cerceamento de defesa quando a prova cuja produção foi requerida pela parte é irrelevante para o deslinde da quaestio, cabendo ao magistrado indeferir a realização de diligências inúteis e/ou protelatórias. Na guarda compartilhada, os pais regem, em conjunto, a vida da prole, tomando as decisões necessárias à sua educação e criação, razão pela qual não pode ser imposta judicialmente, já que seu funcionamento depende diretamente da convivência harmônica entre os genitores. A alternância da posse física do menor entre os genitores, sendo aquele submetido ora aos cuidados do pai, ora da mãe, configura guarda alternada, repudiada pela doutrina e pela jurisprudência. (Apelação Cível nº 1460806-78.2008.8.13.0525, 3ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Dídimo Inocêncio de Paula. j. 25.02.2010, unânime, Publ. 16.03.2010).

No entanto, como já foi dito, algumas vezes a alienação vem de parente como avós ou outros, no julgado abaixo foi em desfavor dos avós maternos, na falta da mãe, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. MÃE FALECIDA. GUARDA DISPUTADA PELO PAI E AVÓS MATERNOS. SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL DESENCADEADA PELOS AVÓS. DEFERIMENTO DA GUARDA AO PAI.

1. Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para proporcionar a filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável crescimento.

2. A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da síndrome de alienação parental, só milita em desfavor da criança e pode ensejar, caso persista, suspensão das visitas ao avós, a ser postulada em processo próprio. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

Lemos e Junior (2014) cita uma sentença de guarda compartilhada em favor do pai, pois embora a legislação que trata sobre a alienação parental seja recente, a doutrina civilista moderna e os tribunais já vinham se manifestando esporadicamente sobre o tema. É o caso do julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vejamos:

0011739-63.2004.8.19.0021 (2009.001.01309) –
APELAÇÃO – 1ª EMENTA – DES. TERESA CASTRO NEVES –
JULGAMENTO: 24/03/2009 – QUINTA CÂMARA CÍVEL –
APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE FAMÍLIA – ABUSO SEXUAL –
INEXISTÊNCIA – SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL
CONFIGURADA – GUARDA COMPARTILHADA –
IMPOSSIBILIDADE – GARANTIA DO BEM ESTAR DA CRIANÇA
– MELHOR INTERESSE DO MENOR SE SOBREPÕE AOS
INTERESSES PARTICULARES DOS PAIS.

No julgado acima, analisando os autos resta inafastável a conclusão de que o pai da menor deve exercer a guarda sobre ela, por deter melhores condições sociais, psicológicas e econômica a fim de lhe proporcionar melhor desenvolvimento, a insistência da genitora na acusação de abuso sexual pelo pai contra a criança, que justificaria a manutenção da guarda com ela não procede.

Ost (2009) enfatiza que o modelo de guarda compartilhada, se apresenta como a melhor e mais eficiente saída quando da necessidade de adoção de uma medida em relação aos filhos na ruptura conjugal dos pais. Para mais, a guarda compartilhada sintetiza mais uma evolução na ciência jurídica, vez que, ao passar do tempo, foi-se necessária à criação desse novo modelo para atender os anseios da sociedade e das famílias especificamente, sendo que os outros modelos de guarda existentes nem sempre atendiam à necessidade familiar, nem tão pouco, privilegiava as necessidades dos filhos que são os seres mais vulneráveis quando da ruptura conjugal dos pais.

Assim, a alienação parental pode ser considerada a violação direta de uma das obrigações fundamentais de um genitor, que é a de promover e estimular uma relação positiva e harmoniosa entre a criança e seus genitores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão da guarda compartilhada no Código Civil foi um avanço enorme no âmbito familiar, pois está na sua essência, o bem-estar do menor, que deve receber a proteção jurídica. Na guarda compartilhada os pais dividem as responsabilidades em relação aos filhos, evitando o que ocorre na separação unilateral, onde na maioria das vezes, a guarda fica com a mãe e o pai apenas cuida de pagar em dia a pensão alimentícia sem nenhuma participação no desenvolvimento e educação da criança, o que psicologicamente pode ser motivo de perturbação emocional para o menor em questão.

A guarda compartilhada surgiu para quebrar barreiras que impor sobre a alienação parental, pois dispõe direitos iguais entre homem e mulher em relação à criação de seus filhos. Assim, o bom senso dos pais deverá sempre prevalecer preservando os interesses da criança. Ou seja, o direito de visita deve ser substituído pelo direito à convivência.

Concluí que a convivência harmoniosa e compartilhada com ambos os genitores é indispensável à formação e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social de qualquer criança, assim além de ter direito ao convívio partilhará os deveres da criação em sua amplitude.

Cabe lembrar que para que a guarda compartilhada seja eficiente, não há nada melhor que o bom diálogo e um acordo entre os pais, ressaltando que a guarda compartilhada possa ser decretada mesmo nos casos em que os pais divergem.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Leticia. **A guarda compartilhada frente à alienação parental**. 2018. Disponível em: <https://www.jus21.com.br/artigo/a-guarda-compartilhada-frente-a-alienacao-parental#>

BARROS, Francisca Sueli Ramos. **A importância da guarda compartilhada para a convivência harmônica entre os familiares**. 2018. Disponível em: <https://suellybarros.jusbrasil.com.br/artigos/509662908/a-importancia-da-guarda-compartilhada-para-a-convivencia-harmonica-entre-os-familiares>

BEZERRA, Gabriela Fonseca. **A guarda compartilhada como mecanismo de evitação do processo de alienação parental**. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-guarda-compartilhada-como-mecanismo-de-evitacao-do-processo-de-alienacao-parental,590061.html>

BRASIL. Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil.

BUENO, Camila Hirata Martins. **A utilização da guarda compartilhada**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18305&revista_caderno=14

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. ver. atual. Ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILZEK, Stephânea. **Alienação parental e sua problemática psicológica**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47205/alienacao-parental-e-sua-problematica-psicologica>

LANFREDI, Eduarda Shilling. **A importância da guarda compartilhada como um instrumento imprescindível a plena constituição da criança.** 2019. Disponível em: <http://www.brauliopinto.com.br/artigos/10/a-importancia-da-guarda-compartilhada-como-um-instrumento-imprescindivel-a-plena-constituicao-da-crianca>

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. **Alienação parental** – uma análise da Lei 12.318/2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c57998b6a829067>

MADEIRA, Kleber. **Guarda compartilhada foi consolidada no STJ antes de virar lei.** 2017. Disponível em: <https://kleberruddy.jusbrasil.com.br/noticias/465971931/guarda-compartilhada-foi-consolidada-no-stj-antes-de-virar-lei>

MARGRAF, Alencar Frederico; SVISTUN, Meg Francieli. **Guarda compartilhada é uma tentativa de diminuir a alienação parental.** 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-27/guarda-compartilhada-tentativa-reduzir-alienacao-parental>

NOGUEIRA, Brenno Antônio Macedo; NORONHA, Elizangela do Socorro de Lima. **Alienação parental: aspectos psicológicos e a nova lei da Guarda Compartilhada.** 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39297/alienacao-parental-aspectos-psicologicos-e-a-nova-lei-da-guarda-compartilhada>

OST, Sltelamaris. **Guarda compartilhada: luzes e sombras.** 2009. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4895/Guarda-compartilhada-luzes-e-sombras>

PEREIRA, Cleiton Pires. **Alienação parental e a guarda compartilhada como meio preventivo.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 157, fev 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18535&revista_caderno=14

RAMALHO, Fabiana. **A importância da guarda compartilhada para evitar os atos da alienação parental.** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59925/a-importancia-da-guarda-compartilhada-para-evitar-os-atos-da-alienacao-parental>

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592118>

SPERANDIO, Vanessa Cristina de Abreu; RESENDE, Pauliane Rodrigues. **Síndrome da alienação parental**: os danos emocionais irreparáveis. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11319

TARTUCE, Flavio. **A nova lei sobre guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória**. 2015. Disponível em: <https://flavioartuce.jusbrasil.com.br/noticias/169435774/coluna-no-migalhas-a-nova-lei-sobre-guarda-compartilhada-ou-alternada-obrigatoria>

[1] Doutora em Ciências pela USP. Professora do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SEDE DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

ARGUS NAZARENO: Acadêmico do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo-TO.

LUCIANA ZANOTELLI

(Orientadora)

RESUMO: Conforme recente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, a Suprema Corte mudou a jurisprudência antes assentada e assim permitiu a prisão a partir da decisão de segunda instância. Com isto o que ocorreu veio para revolucionar o sistema jurídico brasileiro, para assim diminuir a impunidade daqueles que usam de preceitos legais através de variados recursos para procrastinar a condenação. A luz dessa conjuntura existe duas correntes, uma a favor e outro contra. O primeiro posicionamento sobre o tema, uma corrente e favorável a condenação, uma vez que, não fere princípio constitucional ao contrário, com a condenação em segunda instância o direito repercute com mais intensidade alcançando assim a justiça com eficácia plena, alcançando assim a celeridade processual e efetividade das leis bem como das penas impostas. Pode-se arrolar tantas outras medidas de cunho preventivo deveria ser inconstitucional como a prisão em flagrante, a prisão preventiva, e temporária, uma vez que o acusado está preso sem um devido julgamento. A segunda corrente entende que a decisão do Supremo Tribunal Federal afronta o princípio da presunção de inocência.

Palavras Chave: Supremo Tribunal Federal. Presunção de Inocência. Segunda Instância.

ABSTRACT: According to the recent decision of the Supreme Court in the judgment of HC 126,292, the Supreme Court changed the jurisprudence before settled and thus allowed the arrest from the second instance decision. With this what occurred came to revolutionize the Brazilian legal system, so as to diminish the impunity of those who use legal precepts through various resources to procrastinate the condemnation. The light of this conjuncture there are two chains, one in favor and one against. The first position on the subject, a current and favorable condemnation, since it does not hurt constitutional principle on the contrary, with the conviction in

second instance the right resonates with more intensity thus achieving justice with full efficacy , thus achieving the procedural speed and effectiveness of the laws as well as the imposed penalties. So many other preventive measures should be arable to be unconstitutional, such as prison in the Act, preventive and temporary imprisonment, once the accused is imprisoned without a proper trial. The second current understands that the decision of the Supreme Federal Court affronts the principle of presumption of innocence.

Keywords: Supreme Court. Presumption of Innocence. Second Instance.

1 INTRODUÇÃO

De início, para se tratar do tema proposto, qual seja a possibilidade jurídica da prisão em segunda instância, é necessário ressaltar que, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ocorreu um grande crescimento da proteção normativa aos direitos humanos, onde o direito à liberdade passou a prevalecer sobre os demais, só podendo ser restringida quando fundamentadamente comprovada a necessidade de tal medida.

Nessa toada, entende-se que a prisão deve ser uma medida adotada apenas após se obter a certeza da responsabilidade penal do acusado, devendo prevalecer à liberdade como regra, em razão do princípio da presunção de inocência, evitando-se assim as penas arbitrárias vindas do Estado, bem como da sociedade. Isso porque o princípio da presunção de inocência é uma das mais importantes garantias da Constituição da República. Trata-se, portanto, de uma prerrogativa constitucional conferida ao acusado de não ser considerado culpado até a sentença penal condenatória transitada em julgado, impedindo qualquer prévia e antecipada manifestação judicial de caráter punitivo.

Nesse sentido, frisa-se que Supremo Tribunal Federal, em 05 de fevereiro de 2009, concedeu a liberdade para um acusado de homicídio, por meio do julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG. A corte entendeu que o réu, condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por tentativa de homicídio qualificado, poderia recorrer dessa sentença, aos tribunais superiores, em liberdade, tendo tal decisão fundamento no já mencionado princípio da presunção de inocência.

Tal entendimento, no entanto, fora mudado recentemente. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado pelo Plenário, em 17 de fevereiro de 2016, denegou, por maioria, o HC 126.292. Neste julgamento, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal inclinou-se para o entendimento de que o início da execução penal, depois da confirmação da sentença no âmbito de segundo grau, não afronta ao princípio da presunção da inocência. Com isso, a aquela Corte entendeu que, com a manutenção da sentença penal, pelo órgão colegiado em segunda instância, encerra a possibilidade de apreciação de fatos e provas que amparam a culpa do réu, sendo assim, não há que se falar em dúvida quanto a autoria e materialidade dos fatos já julgados, uma vez que os recursos cabíveis se prestam a analisar tão somente afronta à Lei Federal ou ao texto constitucional, não sendo, portanto analisado o mérito.

Há porém discussão, quanto à constitucionalidade de tal antecipação, uma vez que a Constituição Federal preceitua que prevalece a presunção de inocência até quando não houver mais possibilidade de recurso. Desse modo, se ainda existe recurso pendente de julgamento, a decisão anterior não transitou em julgado e, desse modo, não há como se punir o réu, em virtude da presunção de inocência.

Como isso, surgem as diversas interpretações de que o Supremo Tribunal Federal, ao negar a ordem no HC 126.292, agiu com derrotabilidade de uma norma jurídica constitucional, demonstrando um aclame pelo ativismo judicial, em razão de omissão ou ineficácia social da lei e das políticas públicas; ou ainda de mudanças de paradigma no direito constitucional, ao passo que existem também interpretações que aclamam a decisão proferida pela Excelsa Corte, uma vez que consideram necessária à garantia da ordem social.

O presente estudo possui, portanto a seguinte temática: a possibilidade jurídica da prisão em segunda instância. Considerando a amplitude do tema, a delimitação incidiu na análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, quando a Suprema Corte mudou a jurisprudência antes assentada no país, e, assim permitiu a antecipação do cumprimento de prisão a partir da decisão de segunda instância.

Ante o exposto, o objetivo geral do presente estudo consiste em abordar e analisara aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, o qual alterou entendimento anterior trazido no Habeas Corpus 84.078 /MG, que

considerava viável a execução da pena de prisão somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e sua relação com o princípio da presunção de inocência. Por seu turno, os objetivos específicos buscam: Destacar os aspectos jurídicos da presunção de inocência; ressaltar sobre as espécies de prisão no ordenamento jurídico pátrio e; explanar sobre as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à aceitabilidade (ou não) da prisão em segunda instância.

O estudo está baseado no método dialético, uma vez que analisa o fenômeno ligado à liberdade e à presunção de inocência, face às mudanças culturais, sociais e jurídicas ocorridas no Brasil, para assim poder verificar a viabilidade ou não, juridicamente falando, da antecipação do cumprimento de pena em segundo grau.

Para o bom desenvolvimento da presente pesquisa o trabalho foi dividido em dois itens, subdivididos em sub-itens, sendo que em primeiro lugar se passa a analisar o processo penal à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, em segundo lugar passou-se a tratar da possibilidade jurídica do cumprimento da pena após a decisão condenatória em segunda instância, item este subdividido em 4 sub-itens, que tratam da prisão-pena e presunção da inocência, do direito de se recorrer em liberdade versus excesso de recursos como pressuposto da impunidade, do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à prisão em segunda instância – evolução jurisprudencial e, por fim sobre a prisão em segunda instância: uma análise crítica à luz da presunção de inocência.

2 O PROCESSO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência teve sua primeira aparição no final do século XVIII, período pelo qual o mundo passava por uma grande mudança no campo filosófico, religioso e cultural, período este que ficou conhecido como fase iluminista, ocorrida durante a Revolução Liberal.

Seu conceito é bem explicitado por, Dalabrida, o qual expõe:

Estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença pena condenatória” (art. 5º, LVII),

bem como que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º), de modo que seja em decorrência de disposição constitucional expressa ou em virtude da norma de encerramento do elenco de direitos e garantias, certo é afirmar que o Princípio da Presunção de Inocência foi convolado em verdadeiro direito fundamental constitucionalmente garantido (DALABRIDA, 2017, p. 72).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ocorreu um grande crescimento da proteção normativa aos direitos humanos, onde o direito à liberdade passou a receber especial tratamento e proteção, só podendo ser restringida quando fundamentadamente comprovada a necessidade de tal medida.

Tal princípio foi fruto de intensa evolução histórica. A primeira aparição da gênese da presunção de inocência se deu por intermédio da Carta Magna inglesa de 1215, que estabelecia que nenhuma pessoa poderia ser presa ou sofrer processo se não for nos termos da legislação inglesa previamente estatuída. (CANOTILHO, 2010).

Nota-se que o princípio da presunção de inocência tem então, sua primeira aparição justamente no primeiro documento ocidental que buscou restringir o poder absoluto dos monarcas, garantindo um mínimo de direitos ao povo.

Após alguns séculos, com fundamento nas ideias do Iluminismo, calcadas na ruptura com governos autoritários e monárquicos, no campo das grandes revoluções (Francesa e das Colônias Inglesas na América do Norte), em especial, no ano de 1789, o referido princípio foi consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, onde previa em seu art. 9º, que:

Art. 9 - Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido

pela lei (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

É importante destacar que a elevação do princípio pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão coincide com a evolução do Direito Penal e sua concepção mais humanista, dada a partir das ideias de Beccaria.

O pensador tratava a questão penal de forma diversa da praticada à época, pregando que era necessário respeitar-se a anterioridade da lei, bem como que as penas não deveriam ser infamantes, uma vez que seu objetivo não deveria ser o fazer sofrer o corpo do apenado. (BECCARIA, 2012)

O princípio cuida, como toda a garantia penal, portanto, de proteger os cidadãos de possíveis arbitrariedades estatais no cumprimento da lei penal. Desse modo, a prisão deve ser uma medida adotada apenas após se obter a certeza da responsabilidade penal do acusado, devendo prevalecer à liberdade como regra, em razão do princípio da presunção de inocência, evitando-se assim as penas arbitrárias vindas do Estado, bem como da sociedade.

Assim, entende-se que o princípio da presunção de inocência é uma das mais importantes garantias da Constituição da República. Trata-se, portanto, de uma prerrogativa constitucional conferida ao acusado de não ser considerado culpado até a sentença penal condenatória transitada em julgado, impedindo qualquer prévia e antecipada manifestação judicial de caráter punitivo.

3 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CUMPRIMENTO DA PENA APÓS A DECISÃO

CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

3.1 PRISÃO PENA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A prisão, mesmo que após sentença condenatória não transitada em julgado, só pode (ao menos em tese) ser decretada e justificada, quando adotada em caráter excepcional, em casos de extrema necessidade, nos quais restar evidente que a liberdade do acusado puder comprometer o regular desenvolvimento do processo.

Tal assertiva denota do fato de que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ocorreu um grande crescimento da

proteção normativa aos direitos humanos, de tal forma que o direito à liberdade passou a prevalecer sobre os demais, só podendo ser restringido quando fundamentadamente comprovada a necessidade de tal medida.

O Superior Tribunal de Justiça, a despeito de recente decisão do Supremo Tribunal Federal a ser tratada mais adiante, também tem se manifestado no sentido de garantir a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em sentido amplo é o que fica patente na decisão do Ministro Marco Aurélio, o qual comprova que alguns ministros do STF se posicionam no sentido de garantir a presunção de inocência até trânsito em julgado:

**PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTOS
INSUBSISTÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO
– CONFIGURAÇÃO.** 1. A Assessoria prestou as seguintes informações: O paciente foi condenado a onze anos, três meses e dez dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de um mil, cento e vinte e sete dias-multa, ante a prática do crime previsto no artigo 33, cabeça (tráfico de drogas), da Lei nº 11.343/2016, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, em concurso material com o artigo 35 da Lei de Drogas (associação para o tráfico). O Juízo da 1ª Vara Federal de Barretos/SP negou a ele o direito de recorrer em liberdade. Contra esse pronunciamento, a defesa impetrou habeas no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pleiteando o reconhecimento do direito de recorrer solto. Sustentou estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal devido ao excesso de prazo da prisão e da conclusão do julgamento da apelação interposta em 13 de abril de 2012. A juíza Cecilia Mello, relatora, assentou a incompetência para julgar o pedido, remetendo o processo ao Superior Tribunal de Justiça, em virtude de o ato coator ser da própria lavra, ante a relatoria da apelação criminal. No Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus foi autuado sob o nº 281.803/SP. A ministra Marilza Maynard, desembargadora convocada, relatora, indeferiu a liminar. Consignou que o acolhimento da

medida acauteladora demandaria o exame da idoneidade e razoabilidade da fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias, o que se daria somente a partir de aprofundada análise do caso pelo Colegiado. Neste habeas, o impetrante destaca a existência de excepcionalidade capaz de superar o óbice do Verbete nº 691 da Súmula do Supremo, consubstanciado no constrangimento ilegal verificado pelo excesso de prazo na formação da culpa e no cumprimento antecipado da pena. Afirma ter respondido ao processo em liberdade durante toda instrução criminal, tendo sido preso no local de trabalho pouco antes da sentença condenatória. Frisa as condições favoráveis: primariedade, residência fixa, trabalho lícito e bons antecedentes. Sustenta estar sendo acusado por delito de tipificação impossível, porquanto fora denunciado por tentativa de tráfico de drogas. Ressalta estar recolhido cautelarmente há quase dois anos, estando a apelação pendente de julgamento há mais de um ano e meio, não subsistindo os requisitos autorizadores da manutenção da custódia. Afirma que a gravidade do crime, sem culpa formada, não serve a justificar a prisão, impondo-lhe o cumprimento antecipado da pena. Requer, em âmbito liminar, a concessão da liberdade provisória até o julgamento deste habeas. No mérito, pleiteia a confirmação da providência até o exame definitivo da ação penal. O processo encontra-se instruído para apreciação da medida acauteladora. 2. É dado constatar que a prisão preventiva foi fundamentada na gravidade da imputação, partindo-se da óptica de haver participantes em crimes considerada, inclusive, associação. Em síntese, olvidou-se o princípio da não culpabilidade. Mais do que isso, na data de hoje, o paciente está preso, preventivamente, há 2 anos, 6 meses e 25 dias. 3. Defiro a liminar pleiteada. Expeçam alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias: caso não se encontre sob custódia do Estado por motivo diverso do retratado no Processo nº 0007606-90.2011.403.6138, do Juízo da 1ª Vara Federal de Barretos/SP, presente a custódia provisória. Advirtam-no da

necessidade de permanecer no distrito da culpa, atendendo aos chamamentos judiciais e adotando a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade. 4. Colham o parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Publiquem. Brasília – residência –, 19 de junho de 2017, às 16h10. Ministro MARCO AURÉLIO Relator 67 (STF - HC: 120235 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/06/2017, Data de Publicação: DJe-124 DIVULG 25/06/2017 PUBLIC 27/06/2017).

Na decisão supra demonstra a preocupação do julgador com os excessos de prazo de prisão preventiva sendo no caso concreto, o paciente ficou preso preventivamente, há mais de 2 anos e meio. Tal situação resta como incompatível com o princípio da presunção da inocência.

Ora, o direito de recorrer em liberdade, mesmo que após decisão em segunda instância, além de encontrar proteção na Constituição, e ter sido pacificado em Tribunais Superiores, encontra-se amparado ainda em tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto de San Jose da Costa Rica. Em tais diplomas legais, entre outros, a presunção de inocência prevalece, enquanto a sentença condenatória não houver transitado em julgado.

3.2 O DIREITO DE SE RECORRER EM LIBERDADE VERSUS EXCESSO DE RECURSOS COMO PRESUSPOSTOS DA IMPUNIDADE

Após análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, explicitada no tópico anterior, necessário se faz constatar que, em análise as jurisprudências dos Tribunais Estaduais, vê-se que há algumas divergências, quanto à decretação e manutenção da prisão ou a permissão que o réu recorra de sentença em liberdade.

Observa-se que sua decretação, assim como sua manutenção encontram-se de acordo com seus pressupostos de admissibilidade, a fim de se evitar afronta aos princípios constitucionais. Sob um outro enfoque, o direito de se recorrer em liberdade pode gerar impunidade. Isso porque a já conhecida morosidade no judiciário, a qual acaba afetando à efetividade da justiça e a aplicação da lei penal.

Existe até uma Sumula, de nº 697, do Supremo Tribunal Federal quanto à questão, a qual estabelece que:

Súmula – 697- A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.

Eis o que afirma Oliveira, a respeito:

O aumento populacional, a conscientização por parte dos cidadãos de seus direitos, a ênfase que se deu na Constituição Brasileira de 1988 sobre os direitos das pessoas, o que lhe valeu o nome de Constituição cidadã, a evolução tecnológica porque passa o mundo, tudo isto concorreu para a procura da justiça em uma escala, sem precedentes. É como se estivéssemos em plena corrida do ouro, como aconteceu nos velhos tempos. Acrescente-se, a migração do contingente populacional do campo para a cidade, em decorrência da industrialização do país, o que continuou em escala crescente nas décadas posteriores, principalmente, na década de 80, ocasionando o abarrotamento dos fóruns e tribunais, gerando, assim, uma crescente demora na prestação jurisdicional. O acúmulo de processos não para. Há que se encontrar um meio de pelo menos amenizar o problema. A esperança, a crença, enfim, tudo que possa aliviar o sofrimento do ser humano, está, depositado, em parte, na justiça. (OLIVEIRA, 2013, p. 11.)

Nota-se que o aumento populacional e da conseqüente procura ao judiciário influencia na lentidão da justiça, em especial a criminal. Não obstante, entre outras diversas hipóteses para a morosidade do judiciário se destaca o complexo sistema recursal. Os recursos geram impunidade e trazem afronta à efetividade da prestação jurisdicional.

Para ilustrar, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal recebem, cotidianamente, um significativo volume de recursos, visto que os advogados criminalistas, além da esperança de reforma da decisão anterior, utilizarão da possibilidade de delongar o desfecho da ação penal e, conseqüentemente, beneficiar-se do instituto da prescrição (FREITAS, 2016). Observa-se que as partes poderão dispor de um rol extensivo de recursos que sobrecarrega o poder Judiciário, divorciando o fato da celeridade processual. Os

recursos além de inviabilizarem a própria efetividade da justiça, também poderão ensejar em liberdade do recluso, ensejando em não aplicação da lei penal e consequente impunidade.

Os Tribunais Superiores buscam analisar atentamente cada caso concreto, com o fim de evitar afronta ao princípio da presunção de inocência. O Supremo Tribunal Federal, a esse respeito se pronunciou, conforme se verá no próximo tópico.

3.3 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

3.3.1 Análise do Habeas Corpus nº 84.078/MG

Muito embora a atual Constituição Federal do Brasil esteja em vigor desde 1988, só a partir do ano de 2009, o STF com o julgamento do HC 84078/MG, pacificou a aplicação do princípio da presunção inocência, insculpido no art. 5º, LVII da CF/88, em termos de considerar que ao acusado de um ato criminoso só possa ser reconhecido como culpado depois de sentença transitada em julgado evitando, portanto, que essa pessoa venha cumprir uma execução provisória da pena, na qual se essa execução não se enquadre nos pressupostos e fundamentos das prisões cautelares expressos no art. 312 do CPP, nada mais seria do que uma antecipação da pena, visto que estaria desconsiderando o princípio da não culpabilidade.

Não obstante a esse entendimento acertado do STF, não raro vemos decisões dadas por juízes nas instâncias de primeiro ou segundo grau, que mitigam o princípio da presunção de inocência. Em grande parte, isso acontece por falta de especificidade ou definição dos termos abstratos presentes nos fundamentos das prisões cautelares, a exemplo, do termo “garantia da ordem pública”, que alguns juízes usam de sua discricionariedade para interpretar termos vagos e imprecisos como este.

Destaca-se que no Supremo Tribunal Federal, em 05 de fevereiro de 2009, concedeu a liberdade para um acusado de homicídio, por meio do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG. Baseados na letra formal da lei, os Ministros do Supremo Tribunal Federal deferiram o pedido do condenado para recorrer a

tribunais superiores em liberdade, baseado em princípios constitucionais já citados anteriormente:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210 /84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se à pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos

magistrados --- não do processo penal. HABEAS CORPUS **HC 84078 MG** (STF) Min. EROS GRAU.

Naquele período, a corte entendeu que o réu, condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por tentativa de homicídio qualificado, poderia recorrer dessa sentença, aos tribunais superiores, em liberdade. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi de encontro à Súmula 267, do Superior Tribunal de Justiça. Eis o teor da súmula, *ipsis litteris*:

Súmula 267 -A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

O entendimento que se destacou foi a de que a prisão do réu, impetrante do *Habeas Corpus*, antes da sentença transitada em julgado, é contrária à máxima estampada na carta constitucional cujo teor consiste em que não haverá culpados sem que haja o trânsito em julgado, explicitado no artigo 5º, LVII do supracitado diploma legal. Já, por seu turno, a tese aceita por parte minoritária dos ministros foi a de que, em casos parecidos, os recursos conduzidos aos tribunais superiores não poderiam ter efeito suspensivo.

Frisa-se os ensinamentos da Ministra do STF, Ellen Gracie, na sessão de 05/02/2009. HC 84078, a qual afirma que é inaceitável aguardar a aplicação da pena apenas após trânsito em julgado, afirmando que se assim o fosse não haveria presos no país:

[...] Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado, é algo inconcebível, com todo o respeito. A prevalecer essa tese nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por Tribunal de segundo grau, único competente, volto a frisar, para reexaminar a autoria, a materialidade, e a prova dos fatos. Esta análise não podem fazê-lo, nem o Superior Tribunal de Justiça, nem o Supremo Tribunal Federal, tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo. Não creio, não creio, Senhores Ministros, que a extrema violência que impera no Brasil, e a sensação de impunidade que a morosidade da

justiça provoca na sociedade brasileira, estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC 72.366. Nesta linha, vale lembrar mais uma vez - [sobre] o precedente que estaríamos quebrando – as palavras do Ministro Francisco Rezek na apreciação de um outro HC, o 71026. Disse Sua Excelência, naquela ocasião: “Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado de decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à espantosa e extravagante prodigalidade recursiva. [...] (HC 84078/MG julgado pelo STF).

Evidencia-se no voto dado pela Ministra Ellen Gracie, que esta usa como argumentos, o fato de existir uma morosidade nas decisões judiciais tomadas no país, em relação a decisões mais rápidas tomadas em outras partes do mundo. Entende-se que tal argumento é insuficiente para que seja colocado de lado um princípio constitucional, tão importante, como é o princípio da presunção da inocência; e inclusive a magistrada afirma que dificilmente se constata os requisitos do art. 312 do CPP, para que daí se decrete a execução provisória da pena. Apoiando o voto da Ministra, no mesmo julgado, se pronuncia o Ministro Joaquim Barbosa:

Nós estamos é criando, Ministro Peluso, um sistema penal de faz-de-conta. Nós sabemos que, se tivermos que aguardar o esgotamento do recurso especial e extraordinário, o processo jamais chega ao seu fim. Jamais chega, todos sabemos disso! (HC 84078/MG pelo STF). Embora a interpretação da Constituição nos pareça obvio, na realidade, observamos que por em prática todos os seus preceitos é algo difícilimo, basta que para isto observemos os vários julgados feitos nos s tribunais, e as consequências dessas decisões que estão espalhadas por diversas penitenciárias no país, diante deste fato, prestemos atenção nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, que foi o relator do supracitado julgado acima: [...] Apesar dessa inefetividade o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São 440.000 presos - dados de 2017 –, dos quais 189.000 presos provisórios, muitos deles há mais de

dois, há mais de três anos, como se tem encontrado nesses mutirões do Conselho Nacional de Justiça. Se nós formos olhar por Estado a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar alguns Estados com 80% dos presos nesse estágio provisório. Nos mutirões realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, encontraram-se presos, por exemplo, no Estado do Piauí – números muito expressivos – que estavam há mais de 3 anos presos provisoriamente sem denúncia apresentada. No Estado do Piauí há até uma singularidade. O secretário de segurança, ou a Secretaria de Segurança do Estado do Piauí, concebeu um tal “inquérito de capa preta”, que significa que a polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça Criminal brasileira, muitas vezes com aconivência da Justiça e do Ministério Público. Portanto, também eu, pedindo todas as vênias ao magnífico voto do Ministro Menezes Direito, do Ministro Joaquim Barbosa, da Ministra Cármen Lúcia e ao excelente voto da Ministra Ellen Gracie, acompanho o Relator e todos aqueles que se manifestaram também nesse sentido, para deferir a ordem. (HC 84078/MG julgado no STF).

Diante do exposto, observamos que até o julgamento do HC84078/MG, os direitos constitucionais das pessoas que respondiam processos e que estavam presas e recorriam de condenações de primeiro ou segundo grau, estavam sendo sistematicamente desrespeitadas.

Isto porque, se o réu já se encontrava preso e não preenche-se os requisitos do art. 312 do CPP, não haveria motivo para que esperassem presas depois de ter recorrido da mencionada sentença, tal fato feria, para os ministros em decisão naquele período, o princípio constitucional da presunção de inocência.

Por evidente, houve votos contrários naquela decisão. Os julgadores que entenderam pela não concessão do *Habeas Corpus* (quatro ministros) argumentaram, ainda, que a Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo documento legal tem o Brasil por signatário, não assevera incondicional direito do réu em recorrer em liberdade, em todas as instâncias. Nesta senda, ao pronunciar o derradeiro voto do julgamento, que desacolheu o majoritário do Relator (Ministro

Eros Grau), Gilmar Mendes frisou que a Justiça brasileira é ineficiente. No entanto, o entendimento da incondicional proteção à presunção de inocência prevaleceu naquele julgado.

Mas a decisão paradigma mudou, conforme se vê no próximo tópico.

3.3.2 Mudança de Paradigma - HC 126.292 e a posterior repercussão geral

O Supremo Tribunal Federal recentemente mudou o seu posicionamento quanto à prisão após confirmação da condenação em segunda instância. Em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento HC 126.292 a Suprema Corte mudou seu entendimento anterior (HC 84.078/MG), passando a considerar possível a execução provisória da pena após a decisão prolatada em segunda instância.

A justificativa maior da mudança de paradigma decisório consistiu no fato de que, para trazer à efetividade da lei penal, era necessário combater alguns mecanismos de impunidade, entre os quais a não aplicação da lei penal mesmo após confirmação da penalidade em segunda instância judicial.

Nesta toada, o Supremo Tribunal Federal buscou aplicar uns dos princípios constitucionais elencados na Constituição Federal, o qual consiste na celeridade processual. Dessa forma, o legislador quis assegurar a sociedade uma tutela jurisdicional efetiva, adequada bem como tempestiva. Assegurando assim um processo célere com razoável duração da lide. Para tanto, os ministros buscaram respeitar, salvo melhor juízo, os demais princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior, tal garantia:

Trata-se de uma aproximação com o ideal do processo justo que entre os constitucionalistas contemporâneos funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal. Para merecer essa *nomen iuris*, a prestação jurisdicional, além de atender aos requisitos tradicionais – juiz natural, forma legal, contraditório e julgamento segundo a lei – têm de proporcionar à parte um resultado compatível com a efetividade e a presteza (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 12).

É claramente possível de perceber que a intenção da Suprema Corte foi diminuir ou até mesmo extinguir a morosidade do processo no sistema judiciário brasileiro, como inibir os inúmeros recursos com fins unicamente protelatórios. Buscaram com isso uma mais concreta efetividade da justiça, a partir do real cumprimento da sentença já prolatada em segunda instância.

Em seu voto, o ministro Zavascki enfatizou que:

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nesse diapasão, a maioria dos ministros do Supremo votaram com relator, o ministro Teori Zavascki, para manutenção da condenação já em segunda instância, de tal forma que os julgadores entenderam que tal decisão não fere os demais princípios como da ampla defesa e a presunção de inocência.

Visto também que caso o réu seja condenado no juízo *ad quo*, e no *ad quem*, automaticamente, não será considerado inocente em igual peso que outrora (antes da condenação), mas inocente afastando assim o princípio da não culpabilidade. Isso porque a culpa *lato sensu* já está concretizada e provada, tratando assim desde já com a execução provisória da pena.

Recentemente, em 05 de outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em duas ações protocoladas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), decidiu novamente em favor das prisões de condenados em segunda instância. A decisão da Suprema Corte foi bastante apertada, com cinco

votos contra e seis votos a favor, o que demonstra que a situação ainda gera dissensos mesmo naquela corte. (STF, 2016).

Nesta ação, mais recente, teve o seguinte placar: Além da presidente do STF (Carmem Lúcia), foram favoráveis os ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin. Por sua vez, os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Marco Aurélio (relator) foram contra a decisão (STF, 2016).

3.4 A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Os defensores da nova decisão afirmam que houve uma promoção da efetividade à justiça. Diante disso, o princípio da efetividade busca de maneira simples dizer o direito material pleiteado, sempre de maneira justa, ou seja, buscando dar o direito a quem tem a razão no caso concreto, principalmente quando se tratar de direito processual penal, está estritamente interligado com o bem mais preciso que é a liberdade do indivíduo.

Alexandre de Moraes aduz que (2016, p. 61), “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade) ”.

Conforme magistério de André de Oliveira Moraes:

A aplicação imediata das sentenças penais incriminadoras em alguns países distingue-se. Exemplificando, em Portugal, apesar da relevância da presunção de inocência, vige o princípio da “execução imediata” das sentenças condenatórias, o Tribunal constitucional entende que não é necessária a definitividade para a execução de um julgado condenatório e, nos EUA, o princípio da presunção de inocência faz parte do devido processo legal que consta da Constituição, contudo há profundo respeito às primeiras instâncias e o direito à fiança é bastante restrito. E assim, pode-se dizer que a aplicação da presunção de inocência não importa no exaurimento de todas

as instâncias, como mostram os julgados das cortes superiores e os Tribunais nos países mencionados. (MORAIS, 2016, p. 3)

Com isto pode-se perceber a importância de tal princípio para o ordenamento jurídico pátrio, quando posto ao lado da decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez que está tentando de maneira clara e justa a aplicação da lei com eficiência, e menos equívocos.

Para Willian Garcez, o qual defende a decisão do Supremo Tribunal Federal:

Parece-nos, *s. M. J.*, que o princípio continua íntegro, o que ocorreu, na espécie, foi “nova interpretação quanto ao momento terminativo da presunção da inocência”. Antes da decisão proferida no HC 126.292, tinha-se o entendimento de que a presunção da inocência vigorava até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, agora, passou-se a ter o entendimento de que a presunção da inocência vigora até a “confirmação da sentença condenatória em segundo grau”.

Dizer que determinado instituto foi “relativizado”, significa dizer que, em determinadas situações, ele “poderá não ser observado”, o que não nos parece ser o caso, pois, como referimos, a presunção da inocência, impreterivelmente, continuará a ser observada, sem exceção, em todo e qualquer caso. O que se alterou com a decisão proferida no HC 126.292 foi o “momento em que se exaure essa presunção (GARCEZ, 2016 ,p. 1).

Outros já alegam que possibilitou a efetividade da justiça. Diante disso, pode-se dizer que o princípio da efetividade é aquele encarregado de analisar cada caso concreto, diante da ocorrência de processo, e assim busca o direito das partes de maneira clara e justa, sem dilações pois sua aplicabilidade encontra-se em dizer e dar o direito a quem tem a razão no caso concreto, com a devida urgência na prestação jurisdicional, visando aplicar a efetividade no processo (SANTOS, 2012).

Ainda é salutar trazer a lição de Vladimir Freitas, *in verbis*.

Nos tratados e nas Cortes Internacionais é dito que toda pessoa se presume inocente até prova de sua culpa em um tribunal. Nesta mesma interpretação segue a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 1950, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, o Pacto de San José da Costa Rica e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 2002. Mas em nenhum deles se afirma que esta presunção exige o esgotamento de todas as instâncias. Interpretando tais dispositivos na realidade forense internacional, a regra não é aguardar o esgotamento de todas as instâncias.” (FREITAS, 2016)

Conforme se vê, essa efetividade não prejudica a presunção de inocência. Isso porque o princípio em tela não significa que o réu tenha o direito de recorrer todas as instâncias para, só após decisão transitada em julgada da última corte, ser definitivamente preso.

Se observa que os réus utilizam de todos os meios e estratégias possíveis para adiar o resultado das ações em que ficam paralisadas, enquanto levam a vida normalmente, como se nada tivesse ocorrido e nenhum crime praticado. Esses, ao invocar a lentidão dos tribunais e a confusão da legislação processual pátria, bem como o tratamento afável dado a quem já foi condenado pelas instâncias inferiores, buscam transformar a presunção de inocência em estado de impunidade. Com isso, é forçoso que se faça uma política capaz de tornar duradouro o sistema penal o quanto a lei assim o determina. Esse é o encargo estatal, o qual deve agenciar construções de concretização dos direitos fundamentais, sendo esta uma das principais táticas no combate da criminalidade cada vez mais crescente (BONFIM, 2014).

Anderson Furlan leciona:

Aplicação de princípio da inocência absoluto, por interpretação extensiva, felizmente superada pela histórica decisão do Supremo, leva ao desequilíbrio social. Imagine-se, a título de argumento, que a República tivesse mais dois tribunais na sua Constituição, o Tribunal Final e o Tribunal Definitivo, somente como respeitosos exemplos. O processo

penal não terminaria em quatro gerações. Não haveria presos definitivos. O sistema judicial, além dos inafastáveis anseios humanísticos, deve considerar a experiência histórica, razões de ordem prática e funcionalidade equilibrada do sistema penal. [...] O direito de defesa do acusado é tão amplo no direito penal que vai além do trânsito em julgado da sentença condenatória, pois permite revisões criminais e *habeas corpus* a qualquer tempo. Em outras palavras, é possível até mesmo a superação da culpa definitiva. O sistema penal não tem segurança jurídica absoluta e definitividade de culpa, quando para favorecer o acusado, resultando a necessidade de soluções intermediárias, inclusive prisão, sob pena do direito não ter qualquer efetividade (FURLAN, 2016, p. 4).

Com tudo isso, pode-se aqui dispor com segurança da constitucionalidade da referida decisão uma vez que Supremo Tribunal Federal, deve como base princípios elencados na lei maior, demonstrando assim que nenhum princípio é maior que o outro, e tem que adequá-lo ao caso concreto e ao anseio da sociedade, uma vez que o direito a lei tem que acompanha a evolução da sociedade, e sempre buscando efetividade da lei para assim não torna letra morta.

Por outro enfoque, surgem as diversas interpretações de que o Supremo Tribunal Federal, ao denegar a ordem no HC 126.292, agiu com derrotabilidade de uma norma jurídica constitucional, demonstrando um aclame pelo ativismo judicial, em razão de omissão ou ineficácia social da lei e das políticas públicas; ou ainda de mudanças de paradigma no direito constitucional sob a ótica histórica.

A finalidade da nova decisão, é altamente improcedente que além de ir em contra mão as princípios dispostos no (art. 5 LVII)da marga carta que tratar do princípio da presunção de inocência, que "Ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória" que também foi ratificado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de São José da *Costa Rica*, que estabeleceu no art. 8º, I, o Princípio da Presunção de Inocência. (BASTOS, 2017)

Tal decisão, de acordo com Lopes Júnior (2016) vai contra diversos tratados internacionais no qual o Brasil é signatários, bem como artigo 283 do código de processo penal.

A possibilidade de aplicação das medidas cautelares no processo penal, que restringem a liberdade do acusado, deve atender aos requisitos previstos em lei, de outra forma, só deverá ser levado à prisão, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, isto é, quando se esgotar em todas as possibilidades de defesa asseguradas ao réu, para não ferir o princípio constitucional da Presunção de Inocência.

Segundo Vitor RaazBottura, o Supremo Tribunal Federal usurpou uma função do legislativo, a saber:

Primeiramente, espera-se realmente que o STF volte atrás do posicionamento tomado na decisão do HC 126.292/SP. Os excelentíssimos ministros, com a devida vênia, usurparam as atribuições legislativas, atropelaram regras constitucionais e legais, de forma que esvaziaram a presunção de inocência e o direito de defesa, contribuindo sobremaneira para uma cruzada punitivista, valendo-se do populismo penal midiático para dar “satisfação” a população. Passar por cima dos textos constitucional e legal nunca será solução para uma sociedade democrática e civilizada, pois não sabemos o que poderá ocorrer no dia de amanhã, uma vez que os limites estabelecidos ao poder estatal (Estado como um todo) decorrem da lei (BOTTURA, 2016, p. 4).

É necessário frisar que, o Princípio da Presunção de Inocência por fazer parte do rol dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal Brasileira, é também considerado cláusula pétrea, não podendo assim ser objeto de modificação e nem ter uma interpretação literal do seu significado (BONAVIDES, 2013).

Ainda, é de notória compreensão que o objetivo primordial desse princípio é sem dúvida afastar possíveis injustiças, cometidas quando da privação da liberdade do condenado em processo que não chegou ainda ao trânsito em julgado, ou seja, o fim do percurso a ser trilhado para a aplicação da sanção penal,

pois toda decisão antes de transitar em julgado é passível de reforma ou anulação, e nesse ponto residiria o prejuízo irreparável do condenado que teve sua liberdade restringida antes de esgotar todos os recursos e medidas previstas no texto constitucional, como forma de garantir a ampla defesa do condenado, preservando assim o respeito à dignidade da pessoa humana, que é no Estado Democrático e de Direito uma preocupação recorrente (CARVALHO, 2015).

Diante disso é sabido que os princípios e garantias consagrados na Magna Carta não podem jamais serem ignorados e maculado pela Suprema Corte. O Supremo adotou posicionamento dos princípios da vedação ao retrocesso, onde o mesmo tem por obrigação de renovar, mas sempre visando o não retrocesso.

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. ” (ARE-639337-Relator (a): Min. CELSO DE MELLO).

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem que se manter fiel aos princípios constitucionais da Magna Carta, bem como os seus julgados, e posicionamentos já pacificados no ordenamento jurídico pátrio, pois tais mudanças

de paradigma geram uma insegurança jurídica terrível, ao próprio sistema judiciário e a população em geral. Visto que o ordenamento tem que progredir e jamais retroceder como já era entendimento da corte.

4 CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, frisa-se que a presunção de inocência do acusado (baseada no princípio do *in dubio pro reo*) impõe o ônus da prova à acusação, ou seja, o representante do Ministério Público, durante o curso da ação penal, deve reunir as provas de todos os elementos do crime, da inexistência de excludentes de ilicitude e culpabilidade, para afastar a presunção e auxiliar na formação da culpa e no convencimento do julgador, sendo que a defesa tem ampla possibilidade de ação.

Conforme frisado no presente estudo, no sistema penitenciário reina o caos. Considerando tal situação, a presunção de inocência possui um caráter mais humanitário, na medida em que busca salvaguardar o cidadão (presumivelmente inocente) das infaustas prisões brasileiras.

Neste contexto surge a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 84.078-7MG e sua relação com o princípio da presunção de inocência. Este julgamento trouxe o entendimento de que a possibilidade de prisão do condenado, antes do trânsito em julgado, ofende ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Tal posicionamento não se solidificou, haja vista a decisão recentemente prolatada, em 17 de fevereiro de 2016, no HC 126.292, a qual entendeu que a sentença penal condenatória, confirmada em segundo grau, permite a execução provisória da pena aplicada. Com essa alteração, surgiram divergências doutrinárias. A esse respeito, duas correntes distintas se destacaram.

A primeira corrente entendeu que o Supremo Tribunal Federal trouxe uma acertada decisão visto que buscou proporcionar dignidade maior ao Poder Judiciário para assim adequar lei conforme a evolução da sociedade, pois esse mecanismo estava a cometer erros incalculáveis, uma vez que o réu era condenado e permanecia como se nenhum crime tivesse praticado. Em muitos casos o condenado passava anos recorrendo e o crime no qual estava condenado vinha a prescrever.

Já segunda corrente entende que é gritante e preocupante o rumo que a presente decisão do Supremo pode tomar, uma vez que, é profundamente inconstitucional o posicionamento do Supremo, bem como o citado entendimento é uma afronta aos princípios da Constituição, uma vez que a presente corte tem o dever de zelar e proteger os direitos da pessoa humana direitos esses albergados na Constituição, mesmo que tais princípios ou decisões var contra a vontade da maioria até porque a corte mencionada deveria ser o guardião da lei maior.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017..

BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 2 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTURA, Vitor Raatz. **Apesar de atropelada, presunção de inocência não foi eliminada pelo STF**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-06/vitor-bottura-presuncao-inocencia-nao-foi-eliminada-stf> > Acesso em 31 de abril de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em < www.planalto.gov.br > Acesso em 7 de junho de 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <www.planalto.gov.br > Acesso em 7 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < www.planalto.gov.br > Acesso em 7 de junho de 2019.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal Constituição: Princípios constitucionais do processo penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. **Pactos não dizem que se presume inocência até último recurso**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-08/pactos-nao-dizem-presuncao-inocencia-vale-ultimo-recurso>>. Acesso em: 11 de maio de 2019

FURLAN, Anderson. **Esperar trânsito em julgado para prender levou a proteção e impunidade**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-jun-20/jacomo-gimenes-esperar-transito-julgado-levou-protelacao-impunidade>> Acesso em 23 de maio de 2019.

GARCEZ, William. **A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292**. Disponível em < <https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>> Acesso em 23 de maio de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAIS, André de Oliveira. **Presunção de inocência versus Segurança Pública**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=8915> Acesso em 20 de maio de 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE-639337- Relator (a): Min. CELSO DE MELLO. Disponível em < www.stf.jus.br > Acesso em 7 de junho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS **HC 84078 MG** (STF) Min. EROS GRAU. Disponível em <www.stf.jus.br > Acesso em 7 de junho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF - **HC: 120235 SP**, Relator: Min. MARCO

AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/06/2017, Data de Publicação: DJe-124 DIVULG
25/06/2017 PUBLIC 27/06/2017

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo:
Saraiva, 2016.

ISENÇÃO DE ICMS PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

FERNANDO DE OLIVEIRA GOMES:
Bacharelado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - TO.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: A Constituição Federal Brasileira de 1988 prescreve que todos são iguais perante a lei, sem nenhuma distinção, porém é necessário tratar os iguais como iguais e os desiguais na medida de suas desigualdades. O art. 23, inciso II, da Magna Carta prescreve ser obrigação comum dos entes federados promover garantia das pessoas portadoras de deficiência. Assim pessoas com determinadas limitações possuem alguns benefícios, devidamente expressos em Lei, para equiparar aos demais. A tributação também deve ser meio dessa garantia. Isso ocorre no ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação) quando faz distinção na cobrança, isentando as pessoas com deficiência na aquisição de veículos para uso próprio. Tal benefício fiscal objetiva proporcionar a inclusão social dos mesmos. Nesse sentido, a realidade vivenciada pelas pessoas com deficiência faz-se necessário, bem como é de grande importância possuir o benefício de isenção do ICMS na aquisição de veículos.

Palavras Chave: ICMS; Pessoas com Deficiência; Isenção; Aquisição de Veículos.

ABSTRACT: The Brazilian Federal Constitution of 1988 prescribes that all are equal before the law, without any other distinction, whatever the reason of their equal and equal. In addition, the benefits are high, duly expressed in Law, to match the others. This occurs in the ICMS (tax on foreign exchange transactions and provision of transport services of interest, intermunicipal and communication). This tax benefit aims at the social inclusion of the same. In this sense, the reality experienced by people with disabilities is necessary, as well as the benefit of exemption from IMCS in vehicle purchases is of great importance.

Keywords: ICMS; Disabled people; Exemption; Acquisition of Vehicles.

SUMÁRIO: 1 - Introdução, 2 - Princípios e conceitos da ordem tributária, 3 - ICMS - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, 4 - Garantias fundamentais dos deficientes via convênio n. 38 de 2012 do CONFAZ, 5 - Considerações finais, Referências.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem o intuito de apresentar ao leitor a isenção do ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação) para as pessoas com deficiência, uma vez que as pessoas com deficiências merecem atenção especial da sociedade, principalmente quando comparada com os demais membros da população.

A primeira etapa do presente trabalho abordará sobre o conceito de tributo e os principais princípios do direito tributário e suas características, em especial aqueles que se correlacionam com o ICMS, proporcionando um conhecimento ao leitor que permitirá acompanhar a leitura desse projeto sem maiores percalços, uma vez que o Direito Tributário tem características bem únicas que o diferencia dos demais direitos.

Na etapa posterior será destacado o próprio ICMS, imposto de grande relevância orçamentária para os cofres estaduais, onde serão mostradas suas características que são bem particulares em relação à ordem geral dos demais tributos, principalmente na sistemática de concessão de benefícios fiscais.

E por fim é mostrado o princípio da dignidade humana, conceituando as pessoas com deficiência, destacando o convênio aplicável à isenção do ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação) do Tocantins e a aplicabilidade da Lei na concessão desse benefício fiscal, visando suprir a dificuldade de locomoção das pessoas com deficiência, garantindo assim o direito constitucional de ir e vir.

2. PRINCÍPIOS E CONCEITOS DA ORDEM TRIBUTÁRIA

O tributo tem sua definição através de Lei, no caso o Código Tributário Nacional (CTN), que em seu art. 3º que dispõe que Tributo é toda prestação pecuniária compulsória em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Destaca-se que tributo é uma obrigação da lei. Isto é, independe da vontade do indivíduo. Não é nenhum tipo de sanção, tendo em vista que a obrigação tributária surge em decorrência da realização de uma hipótese de incidência pelo sujeito, sendo todos os contribuintes obrigados ao pagamento, bem como deve o Estado exigir do contribuinte o adimplemento, não sendo uma atividade discricionária dele.

Os princípios constitucionais são extremamente válidos para toda a esfera jurídica do Brasil, considerando que norteiam a aplicação jurídica, enfatizando a busca pelo bem estar da sociedade. Nesse sentido, a CF/88, no art. 150, elenca princípios tributários como o da isonomia, legalidade, irretroatividade, anterioridade (do exercício e da noventena)

Primeiramente, é importante apresentar o princípio da igualdade, princípio basilar da atual Constituição Nacional.

Segundo Barbosa, a regra da igualdade não consiste senão em aquinohar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou as desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade racial (BARBOSA, 1999).

A partir da esclarecedora concepção acima o princípio da isonomia possui duas vertentes: a horizontal e a vertical.

Na vertente horizontal alude às pessoas que estão niveladas na mesma situação, e neste caso devem ser tratadas da mesma forma, sendo assim os contribuintes com as mesmas despesas e mesmos rendimentos devem pagar o mesmo imposto de renda.

Já na vertente vertical alude às pessoas que se encontram em níveis distintos de rendimentos, e por tal fato devem ser tratadas de maneira não iguais na medida em que se diferenciam.

Um claro exemplo deste é a pessoa física que possui um salário de 500 (quinhentos) reais mensais é isenta do imposto de renda de pessoa física, já a outra cujos rendimentos são mais de R\$ 6.000,00 (seis mil) reais mensais incide uma alíquota de 27,5% (vinte e sete e meio por cento). E no caso de rendimentos idênticos, porém uma pessoa tem que sustentar uma esposa e dois filhos, e a outra pessoa trata-se de pessoa solteiro que vive em residência dos pais, devem ser tributados de maneira diferente, uma que há diferença relevante em relação à despesa de ambos os membros

Conforme já apresentado no conceito de tributo, que o mesmo é uma prestação compulsória e o dispositivo constitucional supracitado, bastaria para a criação ou aumento de tributo estivesse sobre a seara da Legalidade, porém a Constituição com intuito de reforçar mais esse mecanismo em seu art. 150, inciso I, diz que é vedado um Ente da Federação exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, por isso é importante destacar que o sentido no caso constitucional de exigir tem como significado cobrar.

Um dos fundamentos do Direito é a segurança jurídica, a mesma dá origem a diversos institutos no Direito Brasileiro como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, o da coisa julgada, a prescrição, a decadência entre outros. Sendo assim com relação a esse princípio dele se ramificam três princípios o da irretroatividade, anterioridade e noventena.

Em matéria tributária tal princípio ganha um reforço especial, pois não a mera existência da irretroatividade da Lei, como o tributo onera os cofres do contribuinte, é necessário que o mesmo esteja preparado a qualquer tipo de instituição de tributo ou aumento de carga tributária, uma vez que é necessária certa previsibilidade de tais acontecimentos.

A irretroatividade foi disposta na Lei Maior no art. 150, III, "a", o qual assevera que é vedado a todos os entes federativos cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentados.

Os objetivos do Legislador Constituinte através de tal dispositivo é impedir a tributação de fatos que no momento que se concretizaram não estavam sujeitos a incidência de tributos e também garantir que a tributação já ocorrida não pudesse ser objeto de majoração através de lei posterior, um exemplo claro desse último objetivo seria uma majoração de tributo, por exemplo, de um Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) do ano de 2012, ou o surgimento de taxa de serviço em 2018 que cobra-se por serviços que foram praticados em anos anteriores.

A anterioridade determina que é vedado à União, os Estados, o Distrito Federal cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os institui ou aumentou. Tal princípio se localizada em seu art. 150, inciso III, alínea b da Lei Maior.

Este princípio tem como marco temporal a data da publicação da Lei, o que o torna um pouco diferente do princípio da irretroatividade que possui como marco temporal a data da vigência da lei.

Destaca-se que tal princípio tem como intuito proteger o contribuinte. Assim a imediata aplicação das mudanças que diminuem a carga tributária a que contribuinte está sujeito (extinção ou redução de tributo), ou aquelas que não tenham qualquer impacto sobre tal carga tributária não se submetem ao mandamento deste princípio, já que a ideia fundamental deste princípio é proteger o contribuinte contra a imediata aplicação de normas que aumentem a carga tributária a qual o contribuinte está sujeito.

Este princípio não se aplica no caso do contribuinte é favorecido por algum tipo de isenção, e em determinado momento a mesma isenção é descontinuada uma vez que nesse caso que de acordo com o STF (Supremo Tribunal Federal), não se equipara à majoração nem à instituição de tributo já existente, já que trata apenas de dispensa legal de tributo já existe de acordo no RE 204.062 (BRASIL, 1996).

No momento da Promulgação da Constituição Federal de 1988, a obediência de um prazo mínimo de 90 (noventa) dias da publicação de uma Lei que majore ou instituisse um novo tributo só se aplicava exclusivamente às contribuições para financiamento à seguridade social, inclusive chamada pela doutrina da época de anterioridade mitigada.

Isso porque a anterioridade de do exercício virou algo meramente formal, dado o costume do Poder Legislativo de concentrar para o final do exercício financeiro as alterações da Legislação Tributária. Desse modo, a anterioridade chamada de "mitigada", constitui um princípio da não surpresa muito mais eficiente que a chamada até então anterioridade.

Ressalta-se também, assim como na anterioridade anteriormente vista tem como intuito proteger o contribuinte, portanto a imediata aplicação das mudanças que diminuem a carga tributária a que contribuinte está sujeito (extinção ou redução de tributo), ou aquelas que não tenham qualquer impacto sobre tal carga tributária não se submetem ao mandamento deste princípio.

3 ICMS - IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO

Em conformidade com o art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (BRASIL, Lei nº 5.172, 1966).

Sabbag (2012) dispõe ainda que um tributo vem a nascer com uma lei que irá definir os elementos necessários para a exigência pelo ente federativo da obrigação tributária, independente de vontade de uma determinada pessoa.

A Carta Magna atribuiu aos Estados e Distrito Federal, no seu art. 155, II, a competência tributária sobre imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Segundo Sabbag, o principal fato gerador do ICMS na operação de circulação de mercadorias, tem como características: ser plurifásico (atingir diversas etapas da cadeia produtiva), incidir sobre o valor agregado (princípio da não cumulatividade), ser real (as condições da pessoa são irrelevantes), ser proporcional, e ter um caráter fiscal (SABBAG, 2012, p. 911).

Este tributo é de grande importância para o país, sendo o tributo com maior arrecadação para os Estados. Tal tributo tem como finalidade fiscal, isto é, o objetivo do mesmo é arrecadação aos cofres públicos.

O fato gerador do tributo é venda de mercadoria que compreende os bens móveis que estão no mundo empresarial com finalidade comercial, nesse conceito de mercadoria abrange também energia elétrica, comercialização de software entre outros, que apesar de não serem fisicamente corpóreos são abrangidos pela incidência desse tributo, e o conceito de finalidade comercial abrange habitualidade ou volume que caracteriza interesse comercial na transação.

Além disso, o ICMS abrange os serviços de comunicações e transporte interestadual e intermunicipal, sendo os demais serviços são de competência municipal.

Desta forma, o imposto incide em operações relativas à:

a) circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares, nas prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

b) em prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

c) no fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

d) no caso fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual;

d) sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

e) sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

f) e, por fim, na entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Destaca-se que de acordo com os tribunais superiores, o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento de um mesmo contribuinte não é fato gerador do ICMS, apesar de haver a circulação de mercadorias.

O legislador prescreveu na Constituição Federal e na Lei Complementar 87/96, que o ICMS não incide (imunidade):

a) nas hipóteses de operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, em operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias;

b) sobre exportação de produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados;

c) nos casos de operações interestaduais relativas à energia elétrica;

d) operações interestaduais relativas a petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

e) em situação de operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;

f) na ocorrência de operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar;

g) em eventos de operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;

h) nas situações de operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor em operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário;

i) em operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras.

Um dos fatos marcantes do ICMS é que a Constituição Federal em seu art. 155, §2º, inciso III, permitiu que poderá haver seletividade na tributação do ICMS, isto é, em bens que o legislador considera essencial haverá uma tributação menos onerosa do que em bens considerados supérfluos, isto ocorre principalmente em produtos derivados do tabaco como cigarro e congêneres cuja tributação desses bens costumam ser bens elevadas.

Segundo Carrazza (2005): o ICMS, deverá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Com isso, pode e deve ser utilizado como instrumento de ordenação político-econômica, estimulando a prática de operações ou prestações havidas por úteis ou convenientes para o País e, em contra-nota, onerando outras que não atendam tão de perto ao interesse nacional.

O ICMS tem como característica a não cumulatividade, que o diferencia de boa parte dos impostos (com exceção do IPI que também tem essa característica) cuja característica principal é do tipo limite objetivo: impõe técnica segundo a qual o valor de tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores, mas preordena-se à concretização de valores como o da justiça da tributação, respeito à capacidade contributiva e uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e de industrialização de produtos (CARVALHO, 2016).

Isto quer dizer que caso o contribuinte varejista venda uma mercadoria e gere R\$ 100,00 (cem reais) de imposto nessa venda, porém em momento anterior quando o vendedor da mercadoria que gerou um imposto de R\$ 100,00, comprou a mercadoria para revendê-la foi gerado um imposto de R\$ 50,00 (Cinquenta reais)

pago pelo atacadista, tal valor pago em operação anterior, poderá ser compensado pelo contribuinte varejista, gerando um valor a ser pago na verdade de R\$ 50,00.

Outra característica diferenciadora do ICMS é a sistemática dos benefícios fiscais.

Nesse sentido, as isenções, a redução da base de cálculo, a devolução total ou parcial, direta ou indireta (condicionada ou não do tributo ao contribuinte, a responsável ou a terceiros), a concessão de créditos presumidos, e quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais concedidos do imposto, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus e as prorrogações e as extensões das isenções vigentes, diferentemente do que ocorre nos demais impostos, deverá ser efetivada via convênio, regulados pela Lei Complementar 24/75, que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.

Tal convênio é firmando no âmbito do Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), em que são convocados os 26 Estados da Federação e mais o Distrito Federal, sob a presidência de um representante do órgão fazendário federal que deliberam sobre os benefícios fiscais requeridos pelos entes federados, sendo que para a aprovação desses benefícios deve ocorrer quórum unânime dos envolvidos.

4 GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS DEFICIENTES VIA CONVÊNIO Nº 38 DE 2012 DO CONFAZ

Antes de iniciar e mencionar o convênio é necessário abordar os direitos fundamentais que são o alicerce da Carta Magna.

Existem várias formas de chamar os termos direitos fundamentais. Segundo Sarlet, são "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais", entre outras, com significados muito próximos. (SARLET, 2012)

O doutrinador cita também o que a Constituição Brasileira caracteriza:

a)"direitos humanos", presente no artigo 4º, inciso III,

b) "direitos e garantias fundamentais", que aparece em epígrafe no Título II, no artigo 5º, § 1º;

c) "direitos e liberdades constitucionais", no artigo 5º, inciso LXXI, ou, ainda;

d) "direitos e garantias individuais", no artigo 60, § 4º, inciso IV.

No entanto, embora estes termos sejam utilizados como sinônimos, há distinções relevantes a serem consideradas, especialmente no tocante às expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos" (SARLET, 2012).

Já para Antonio Enrique (2005), os direitos humanos devem ser entendidos como um conjunto de faculdades que, em um dado momento histórico, concretizam as exigências de direitos, como a dignidade humana, a liberdade e a igualdade, que devem ser reconhecidas e positivadas. Já os direitos fundamentais são aqueles positivados no ordenamento jurídico, na maioria das vezes, em sede constitucional.

Canotilho citado por Félix (2018), explica ainda que os direitos humanos são os utilizados por toda população, todos os povos e desde os primórdios, até porque os direitos fundamentais são os únicos direitos garantidos não importa o tempo ou a época.

Sarlet (2012) acrescenta ainda, que possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico.

Já Jorge Miranda citado por Félix (2018), consegue ampliar ainda mais sua conceituação dizendo que admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito a vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político; e a experiência,

tanto da Europa dos anos 30 a 80 deste século como doutros continentes, aí estaria a mostrar os perigos advenientes dessa maneira de ver as coisas.

Miranda citado por Félix (2018), elucida ainda que os direitos fundamentais não são somente os descritos na Constituição Federal, previamente estabelecidos, e sim um sentimento coletivo, uma ideia dominante.

O certo é que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, a intimidade, à privacidade, ao decoro, enfim, de todos os direitos da personalidade, que, pela sua importância, foi inserida na Constituição Federal como uma cláusula geral de proteção à pessoa humana (artigo 1º, III).

Segundo lição de Paulo Otero citado por Félix (2018), se pode afirmar que o princípio da dignidade humana é dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável e cumeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito.

Além da garantia da dignidade humana, um dos princípios constitucionais é o da igualdade, no qual um dos sentidos é tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.

A deficiência ou mobilidade reduzida pode-se dizer que é uma diferença que existe entre algumas pessoas, podendo ser de forma física, sequelas, podendo ser grandes ou mínimas, mas que podem vir a diminuir e a ter barreiras na vida da pessoa.

O artigo 2º da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) define 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 com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Justamente porque a locomoção das pessoas com deficiência, geralmente são comprometidas devido as suas limitações.

Ao longo do tempo, diversas foram as formas de chamar os que possuem limitações e que acabaram excluindo os mesmos da vida em sociedade. E com a evolução natural da sociedade, o Estado baseado no princípio da dignidade humana e da igualdade passou a ter maiores preocupações com a vida em sociedade e benefícios para garantir um maior bem estar para a população, sendo que na seara tributária ocorre principalmente mediante concessão de benefícios fiscais.

Uma das formas de benefício é a isenção tributária. Trata-se de hipótese de exclusão do crédito tributário, prevista no art. 175, inciso I, do Código Tributário Nacional, cujo objetivo é excluir o crédito tributário, isto é, impedir sua constituição. (ALEXANDRE, 2018).

Trata-se de situações em que, não obstante a ocorrência do fato gerador e o conseqüente nascimento da obrigação tributária, não pode haver lançamento, de forma que não surgirá o crédito tributário, não existindo, portanto, obrigação de pagamento. Assim, é possível afirmar que as cláusulas excludentes da isenção impedem a normal sucessão dos fatos na linha do tempo do fenômeno jurídico tributário, pois o procedimento do lançamento, com o conseqüente nascimento do crédito tributário, é evitado.

O art.176 do CTN dispõe que a isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de sua duração e ainda pode ser restrita determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares.

Sabendo que o princípio da dignidade humana é um princípio basilar da Constituição e na seara tributária se manifesta principalmente com benefícios em especial isenções, o Convênio ICMS CONFAZ nº 38, de 30 de março de 2012, foi publicado no Diário Oficial da União em 09 de abril de 2012, com vistas a permitir a concessão de isenção do ICMS nas saídas internas e interestaduais de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental ou autista.

Portanto, o Convênio dispõe que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais de veículo automotor novo quando adquirido por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

No entanto, há alguns requisitos que condicionam o gozo do benefício:

- a) O benefício correspondente deverá ser transferido ao adquirente do veículo, mediante redução no seu preço;
- b) o benefício previsto somente se aplica a veículo automotor novo cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais);
- c) o benefício previsto somente se aplica se o adquirente não tiver débitos para com a Fazenda Pública Estadual ou Distrital;
- d) o veículo automotor deverá ser adquirido e registrado no Departamento de Trânsito do Estado - DETRAN em nome do deficiente; e
- e) o representante legal ou o assistente do deficiente responde solidariamente pelo imposto que deixar de ser pago em razão da isenção de que trata este convênio.

Para a concessão do benefício previsto no convênio, na previsão textual da cláusula segunda, é considerada pessoa portadora de: deficiência física, aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; deficiência visual, aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20°, ou ocorrência simultânea de ambas as situações; deficiência mental, aquela que apresenta o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação anterior aos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas; autismo aquela que apresenta transtorno autista ou autismo atípico.

A comprovação da condição de deficiência será feita de acordo com norma estabelecida pelas unidades federativas, podendo ser suprida pelo laudo apresentado à Secretaria da Receita Federal do Brasil para concessão da isenção de IPI.

Já as pessoas com deficiência mental severa ou profunda, ou autismo será atestada mediante Laudo de Avaliação emitido em conjunto por médico e psicólogo, nos formulários específicos, seguindo os critérios diagnósticos constantes da Portaria Interministerial nº 2, de 21 de novembro de 2003, do Ministro de Estado da Saúde e do Secretário Especial dos Direitos Humanos, ou outra que venha a substituí-la, emitido por prestador de: a) serviço público de saúde; b) serviço privado de saúde, contratado ou conveniado, que integre o Sistema Único de Saúde (SUS).

Caso a pessoa portadora de deficiência ou o autista, beneficiário da isenção, não seja o condutor do veículo, por qualquer motivo, o veículo deverá ser dirigido por condutor autorizado pelo requerente. Poderão ainda ser indicados até 3 (três) condutores autorizados, sendo permitida a substituição destes, desde que o beneficiário da isenção, diretamente ou por intermédio de seu representante legal, informe esse fato à autoridade competente.

Ficam ainda as unidades federadas autorizadas a estabelecer em suas legislações outros graus de deficiência.

Segundo publicado pelo Governo do Tocantins em 2018, no sítio (www.portal.to.gov.br), um total de 538 pessoas com deficiência adquiriram veículos com isenção de impostos no Tocantins durante o ano de 2018. Já neste ano, até o começo do mês de março, 54 pessoas com deficiência já foram beneficiadas na aquisição de veículos automotores no Estado.

Pessoas com deficiência podem adquirir veículos zero quilômetro com isenção total de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), desde que o preço do bem adquirido seja inferior a R\$ 70 mil. Dentro desse teto, o cliente também tem direito a solicitar a isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) (Portal do Tocantins 03/2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que o Estado necessita dos tributos para realizar e suprir as suas necessidades e ainda deve tratar de forma igualitária toda sociedade na medida das suas desigualdades para que não exista diferenciação para beneficiar somente alguma parte da população.

Nas hipóteses de isenção tributária, uma delas está destinado às pessoas com deficiência, para garantia da igualdade que deve compensar a sua limitação, dando, assim, o Estado, distinção e tratamento diferenciado.

As pessoas com deficiência possuem limitações de locomoção e que pode ser suprido com a aquisição de veículos compatíveis com a sua limitação que irá garantir o seu direito de ir e vir.

Em razão do ICMS ser um tributo que exige autorização dos demais Estados e Distrito Federal mediante convênio para a concessão de benefícios fiscais, o Convênio 38/2012 disciplinou a autorização para a concessão de isenção do imposto na aquisição dos veículos por pessoas com deficiência.

Tal medida mostra-se coerente às garantias constitucionais das pessoas com deficiência, diante da dificuldade que uma pessoa com deficiência enfrenta diariamente na mobilidade, sendo complicado ter uma vida normal, trabalhar, sair de sua casa, ter acesso a informações etc.

De modo geral, a concessão do benefício fiscal garante às pessoas com deficiências constitui cumprimento do princípio da isonomia tributária, tratando diferente contribuintes que se encontram em situações diferentes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário Esquemático**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARBOSA, R. **Oração aos Moços**. Rio de Janeiro: Casa Ruy Barbosa, 1999.

BOLONHINI JUNIOR, Roberto. **Portadores de necessidades especiais: as principais prerrogativas e a legislação brasileira**. São Paulo: Arx, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). **Convênio ICMS CONFAZ nº 38 de 30 de março de 2012**. Disponível em <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/convenios-icms-38-2012.htm>>.

Acesso em: 05 de abr. de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 07 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 20 de maio 2019.

BRASIL. **Lei complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975.** Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp24.htm>. Acesso em: 01 de maio 2019.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS.** 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FÉLIX ,Filipe Renner. **Direito à vida:** análise da perspectiva jurídica do conceito de nascituro, início da personalidade e a criminalização do aborto. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Faculdade Serra do Carmo (FASEC), Palmas TO, 2018.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; PAVANI, Letícia Lourenço. **Isenção do ICMS na aquisição de veículos automotores destinados às pessoas com deficiência:** uma análise crítica quanto aos destinatários da norma. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo, v. 353, n. 30, maio, 2008. Disponível em:<http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Luiz_Ferreira_Isencao_ICMS.php>. Acesso em: 05 de abr. de 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. 6ª tir. São Paulo: Malheiros, 1999

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão Construindo uma Sociedade para Todos**. 7.ed. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SOUTO MAIOR BORGES, J. **Isenções tributárias**. 2. ed. São Paulo. Sugestões Literárias, 1980.

TOCANTINS. Portal do Tocantins. **Mais de 530 pessoas com deficiência adquiriram veículos com isenção de impostos no Tocantins em 2018**. Disponível em: < <https://portal.to.gov.br/noticia/2019/3/20/mais-de-530-pessoas-com-deficiencia-adquiriram-veiculos-com-isencao-de-impostos-no-tocantins-em-2018/>>. Acesso em: 27 de abr. de 2019.

[1] Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário na Faculdade Serra do Carmo. Docente da área de Direito no Instituto Federal do Tocantins. Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: antonia.m.s@hotmail.com.

O ACESSO À EDUCAÇÃO JURÍDICA COMO MEIO DE CONTRIBUIR PARA A FORMAÇÃO DA CIDADANIA

FERNANDA GODINHO FRANCO:
acadêmica do curso de Direito da
Faculdade Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA^[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho aborda sobre a educação como direito fundamental, propondo a inclusão do ensino jurídico na grade curricular do ensino regular. A consagração do artigo 205 da Constituição Federal está relacionada a um conjunto de políticas públicas que representem a materialização do pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A metodologia baseia-se na revisão bibliográfica, contemplando uma reflexão teórica crítica sobre os temas pertinentes a essa empreitada científica, tais como educação jurídica, transformação social, direito constitucional e exercício da cidadania. A vantagem seria que o aluno já compreenderia com mais facilidade questões de ética, direitos que lhe são concedidos e a constituição federal. A dificuldade seria o posicionamento e postura desse jovem que poderia já estar corrompido negativamente pela sociedade, e que por essa razão não se interessaria pelo assunto da mesma forma que um aluno mais jovem. No estudo se observou que é necessária a inserção da educação jurídica na medida em que esta proporciona o fortalecimento de uma educação a serviço da plena cidadania. O atual contexto jurídico, social e político do país reforça, sobremaneira, a relevância social e jurídica da pesquisa em tela.

Palavras-Chave: Acesso. Direito. Educação jurídica.

ABSTRACT: This paper deals with education as a fundamental right, proposing the inclusion of legal education in the curriculum of regular education. The consecration of article 205 of the Federal Constitution is related to a set of public policies that represent the materialization of the full development of the person, his preparation for the exercise of citizenship and his qualification for work. The methodology is based on the bibliographic review, contemplating a critical theoretical reflection on the themes pertinent to this scientific endeavor, such as legal education, social

transformation, constitutional law and the exercise of citizenship. The advantage would be that the student would already have an easier understanding of ethics, rights granted to him, and the federal constitution. The difficulty would be the positioning and posture of this young man who could already be negatively corrupted by society, and for that reason would not be interested in the subject in the same way as a younger student. In the study it was observed that the insertion of legal education is necessary insofar as it provides the strengthening of an education in the service of full citizenship. The current legal, social and political context of the country greatly reinforces the social and legal relevance of on-screen research.

Keywords: Access. Right. Legal education.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que conhecimentos referente aos direitos fundamentais e básicos são imprescindíveis aos cidadãos, porque representam o caminho para a cidadania e para a conscientização das pessoas.

Os conhecimentos específicos do direito poderiam ser assimilados e compreendidos pelas crianças do ensino fundamental, por exemplo, promovendo a cidadania desde essa etapa. Não obstante, No ensino médio quando o aluno já domina mais conhecimentos, os conhecimentos jurídicos podem ser aprofundados, haja vista que o adolescente já tem uma visão cognitiva mais complexa que a de uma criança em formação.

Considera-se como hipótese, que o acesso à educação jurídica, por meio dos elementos curriculares do ensino básico, possa contribuir com uma formação humana integral, baseada nos princípios constitucionais que incidem sobre a educação.

Por conseguinte, a pesquisa se justifica pela necessidade de discutir como e até que ponto a inclusão do ensino jurídico na educação básica dialoga com o princípio da democracia e com o direito à educação no Brasil.

Tendo em vista ao princípio intitulado de que não se pode alegar desconhecimento da lei e do próprio direito, combinado ao escasso conhecimento da população acerca do vasto conhecimento do direito e todo o seu complexo de leis vigente, vê-se a importância da investigação da presente pesquisa.

Portanto, a presente pesquisa salienta grande relevância social, visto que grande parte da sociedade não tem contato com esse estudo em análise, acarretando no parcial ou até mesmo completo desconhecimento dos próprios direitos e deveres, tornando inviável a eficácia do princípio referido anteriormente, além disso, relaciona-se também ao princípio da dignidade humana, uma vez que a educação é considerada um direito fundamental.

Unindo as informações anteriores à premissa, direito é o meio mais eficaz que tem para se chegar à justiça, compreende-se a importância do presente levantamento tanto para o pesquisador enquanto cidadão e admirador do Direito quanto à sociedade como todo.

2 A EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA EDUCAÇÃO E PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

Inicialmente, ressalta-se que a educação, por ser um direito fundamental, está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, diante do grande número de cidadãos que têm seus direitos lesados todos os dias, torna-se importante questionar em que medida o ensino de questões referentes ao Direito à cidadania, formação do estado, democracia e outras temáticas encontra respaldo no princípio de direito à educação e ao exercício pleno da cidadania. Essa concepção, da educação enquanto instrumento de cidadania, foi instrumento de intenso processo histórico.

O século XX presenciou um período de transformação na Educação no Brasil. Durante os anos 1920 e 1930, as primeiras universidades foram criadas no Rio de Janeiro (1920), Minas Gerais (1927), Porto Alegre (1934) e São Paulo (1934). O estopim dessa nova visão no âmbito da Educação superior eclodiu com a fundação da Universidade de São Paulo, criada com o auxílio e importação de estudiosos franceses e alemães, seguindo o modelo francês em sua estrutura. (CUNHA, 2010)

Uma nova constituição foi promulgada em 1934, incorporando avanços significativos no sistema educacional. Tanto o governo e a família foram considerados responsáveis pelo ensino fundamental de todos os cidadãos. Na década de 1940, o sistema educacional ficou focado nos aspectos profissionais de Educação. Neste ponto, a Educação brasileira teve a seguinte estrutura: cinco anos de escola primária, quatro anos de escola secundária e três anos de ensino médio.(AZZI, 2001)

Durante a década de 1950 e início da década de 1960, o sistema educacional sofreu algumas mudanças significativas. Algumas das importantes conquistas deste período incluem a criação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em 1951 e do Conselho Federal de Educação (CFE), em 1961. A União também promoveu campanhas e movimentos em prol da erradicação do analfabetismo adulto, e aprovou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em 1961.(AZZI, 2001)

Em 1964, por intermédio de um golpe de Estado, uma ditadura militar passou a governar o país. Esse regime durou aproximadamente vinte anos. Foi durante esse tempo que dois dos eventos mais significativos da história da Educação brasileira ocorreram: a criação o movimento brasileiro para a erradicação do analfabetismo adulto, em 1970, e a aprovação da Lei 5.692, em 1971, a qual alterou de forma significativa a estrutura do ensino superior, visto que os acadêmicos poderiam escolher entre um currículo geral ou profissional, e de ensino fundamental e médio, quando, por intermédio dessas alterações, o ensino fundamental obrigatório foi estendido de quatro a oito anos. (CUNHA, 2010)

Apesar de uma série de atualizações e alterações, o texto básico da Lei 5692/71 ainda estava em vigor em 1990. Também durante essa década, o governo criou o Programa Nacional de Alfabetização e Cidadania (PNAC), em um esforço para reduzir o número de analfabetos no Brasil em até 70%. (ESTEBAN, 2010)

Em 1995, o governo brasileiro criou um programa experimental para avaliar o desempenho dos estudantes universitários chamado inicialmente de *Provão*. O *Provão* é uma avaliação aplicada no último período de cada curso superior. Após um período de adaptação, tornou-se permanente. (AFONSO, 2013)

Em 1997, o mesmo programa foi ampliado para o ensino médio, a criação do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). O ENEM tornou-se um importante instrumento para avaliar o desempenho de estudantes do ensino secundário. Esta avaliação passou a proporcionar aos alunos as credenciais necessárias, quer para continuar os seus estudos universitários ou para entrar no mercado de trabalho. (AZZI, 2001)

No ensino fundamental, o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica e a Prova Brasil. Estes são reconhecidos mundialmente como um dos procedimentos avaliativos mais sofisticados utilizados na avaliação do desempenho escolar primária. Ao testar a eficiência das escolas e universidades, o governo pretende controlar e melhorar a qualidade da Educação em todo o Brasil. (ESTEBAN, 2010)

Nota-se que os instrumentos de avaliação, no âmbito federal, não são primordiais para o diagnóstico de problemas e a procura de soluções. No entanto, a maneira mais tradicional de se utilizar a avaliação é no “corpo a corpo”, ou seja, por intermédio do contato direto entre o professor e o aluno.

2.2 A EDUCAÇÃO EM DIPLOMAS INTERNACIONAIS

Em seu 26º artigo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que a educação é um direito de todos e tem por objetivo o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. Para Sampaio (2015, p. 08) “humanos seriam os direitos cuja validade desconhece fronteiras nacionais, comunidades éticas específicas, porque afirmados” por fontes de direito internacional’ e, aí se inclui o direito a educação. Frente a esse contexto, há uma necessidade de resgate através da Educação do exercício da cidadania, da garantia de direitos e de combate a qualquer forma de discriminação.

Teixeira (2012, p. 129) considera o direito à educação como “o direito dos direitos”, pois segundo este grande educador, “todos os outros direitos são vãos, se o homem continuar ignorante e desaparelhado para gozá-los ou conquistá-los”.

Apesar do grande progresso no acesso à educação ocorrida nos últimos tempos, este ainda não atingiu uma equidade, persistem as dificuldades na distribuição e qualidade da oferta educativa e acesso ao conhecimento, aos grupos

mais excluídos e que mais precisamente, que mais necessitam de educação para superar sua desvantagem e vulnerabilidade.

Nesse contexto Mello trata do princípio jurídico da igualdade dizendo que:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos (MELLO, 2013, p. 12)

Partindo-se desse pensamento, há o entendimento de que há necessidade de tratar desigualmente os desiguais para que possa haver uma igualdade real, isto porque a igualdade não significa paridade de oportunidades.

Voltado para a melhoria das condições de vida numa perspectiva de igualdade de oportunidades e participação plena, portanto, as crianças e adolescentes além dos direitos fundamentais conferidos a todo ser humano, aspectos fundamentais só seus devem ser considerados, dado sua vulnerabilidade, necessitam de uma proteção e de uma atenção especial, que lhe possibilite atingir o maior grau de autonomia e integração social possível.

Nesse contexto a mera igualdade formal, não produz efeitos concretos na sociedade. A igualdade real exige normas com caráter transformador que visem a realização da dignidade humana.

Da conjunção da Declaração Mundial Sobre Educação Para Todos (1990) – que visava à promoção da universalização do acesso à educação – e da Declaração de Salamanca proclamada na Conferência Mundial de Educação Especial sobre Necessidades Educacionais Especiais (1994) – se estabelece Princípios, Política e Prática em Educação Especial e reconhece-se a necessidade de promoção da educação para as pessoas com deficiência dentro do sistema regular de ensino.

Ao longo dos anos, uma série de tratados e instrumentos normativos têm sido ratificada pelo Brasil, tais como: A Convenção da UNESCO de 1960 contra a Discriminação na Educação estipula que os Estados têm a obrigação de expandir as oportunidades educacionais para todos os que permanecem privadas de educação primária. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966), reafirma o direito à educação para todos e destaca o princípio da gratuidade do ensino obrigatório.

2.3 A EDUCAÇÃO ENQUANTO GARANTIA CONSTITUCIONAL E DEVER DO ESTADO

A Constituição Federal estabelece que a educação é um direito assegurado a todo cidadão, esta garantia independe da condição física ou mental do aluno, razão pela qual, este direito estende-se a todos os alunos, inclusive a pessoas com deficiência.

De início, é interessante lembrar que a Constituição Federal, promulgada em 1988, reconheceu em nosso ordenamento jurídico os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre os quais está o direito à educação que conta com um capítulo exclusivo iniciando-se a partir do artigo 205, o qual estabelece expressamente que a educação é um direito de todos os brasileiros, portanto, independe de qualquer das características da pessoa que é sujeito deste direito pelo simples fato de ser um ser humano.

Seguindo os princípios emanados dos Direitos Humanos, a Constituição brasileira de 1988, define em seu art. 1º, inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo e em vista de sua importância, consagra a Educação como direito fundamental social conforme seu o art. 3º, inciso IV segundo o qual, "constituem objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", pois como afirma Freire (2013, p. 71) "a prática preconceituosa de raça, de classe, de gênero ofende a substantividade do ser humano e nega radicalmente a democracia".

Dedica nossa Carta Magna, o Capítulo III, Seção I, para detalhar o assunto educação. Para Silva:

A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado (SILVA, 2013 ,p. 711).

Vale ressaltar que de acordo com o art. 205 da Constituição Federal, a educação é:

(...) direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Mas, para que se efetivem esses objetivos, é preciso que o sistema educacional seja democrático, inclusivo e efetivo, para todos.

O artigo 206, na sequência, estabelece a igualdade de condições para o acesso e a permanência de todos no sistema escolar. A partir destas duas previsões, só é possível concluir que não há espaço, de acordo com a lei maior brasileira, no ambiente escolar, para qualquer tipo de tratamento distintivo, segregacionista ou eivado de preconceito, independentemente se de raça, sexo, cor, religião ou qualquer outro motivo.

A grade curricular nas escolas públicas ainda não comporta totalmente as reais necessidades exigidas pela lei N° 9.394 de 20 de dezembro de 1996, lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Para a execução e direcionamento do que está previsto nessa lei existem os Parâmetros Curriculares Nacionais, que orientam a forma de ensino nos diferentes níveis.

A inserção de noções de direito, na grade curricular das escolas públicas e privadas se faz necessário visto a amplitude de assuntos pertinentes ao desenvolvimento humano que passam despercebidas nas escolas. A base de conhecimento oferecida pela escola às crianças passa por diversas áreas e envolve atividades em que o direito se faz presente. Ensinar desde cedo os direitos e deveres que existem por trás do nosso cotidiano é a melhor forma de criar cidadãos conscientes. A inserção de disciplinas obrigatórias para o ensino de noções de direito seria uma forma de sanar essa falha no ensino básico (MORAES, 2013).

Neste sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, deixa claro em seu artigo 1º: “A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.”, e no parágrafo 2º do mesmo artigo reitera: “A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social”.

A lei que estabelece as diretrizes e bases para a educação brasileira com base nos princípios fundamentais da CF/88 é a chamada LDBEN – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9.394, promulgada em 20 de dezembro de 1996. Esta lei trouxe significativas mudanças no que se refere à implantação de uma nova ordem social e educativa capaz de alterar profundamente a realidade brasileira e que apresentou reflexos políticos significativos. (FREIRE, 2011.)

A LDBEN significou um divisor de águas como diz Freire (2011). O autor acrescenta que aumentou as reflexões sobre o ensino brasileiro, pois permitiu também renovar o ordenamento jurídico e propiciou ao Estado possíveis mudanças estruturais de suma importância. Para ela, a LDBEN se preocupa em promover uma efetiva mudança educacional em todo o país, ao implantar matérias que efetivamente possam fazer uma diferença no meio social.

Freire (2011) ressalta que a LDBEN trata claramente de questões importantes como: a permanência do estudante o maior tempo possível nas escolas de nível básico, estimulou o ensino a distância e também estabeleceu obrigações para o Estado, competindo a ele prestar serviços educacionais de qualidade. O ensino jurídico precisa adentrar em tais ambientes, haja vista as demandas jurídicas das populações serem cada vez maiores. A participação da família é fundamental nesse processo.

Acredita-se que muitos pais ainda não despertaram para a importância do apoio deles junto à instituição escolar do filho e não conseguem ver que a escola possui outros objetivos a serem desenvolvidos em seus filhos. No entanto, isso não quer dizer que a escola não deve se preocupar com o desenvolvimento afetivo e as relações de vínculo desenvolvidas pelos alunos, mas de forma diferente da família a escola utiliza critérios específicos para avaliar o desempenho, a maturidade e desenvolvimento dessa criança.

Trocar informações entre as partes, família e escola, e vice-versa podem ser objeto de positividade, haja vista, que devem ser avaliadas sempre que possível. Busca-se com essa troca de informações aproximarem e minimizar os conceitos distorcidos de intervenção escolar em assuntos familiares.

Sabe-se que a família é o primeiro grupo social em que o indivíduo no qual mantém contato desde o nascimento até a morte. Sua significância é comprovada por ser elemento fundamental em todos os grupos sociais existentes desde os tempos mais remotos.

A família é a primeira escola da criança, considerada como instituição primária, seu papel é fundamental, pois ela decide desde cedo o que os filhos necessitam aprender. Pois, o processo educativo se torna mais intenso, essencialmente na infância, onde se inicia todo o processo de aprendizagem, iniciando com a família e dando continuidade com a parceria que essa tem com a "escola" e que refletirá por toda a vida da criança.

Nesse contexto, ela exerce diversas funções no que diz respeito à origem e formação daqueles concebidos em seu núcleo. Ou seja, ela é a principal formadora do ser humano.

Ao longo do tempo, as instituições que se responsabilizam pelo processo educativo do ser humano foram a família e a escola. Tais instituições possuem diferentes características e objetivos distintos; no entanto, compartilham a importante tarefa de preparar crianças e adolescentes para a inclusão na sociedade, a qual deve ter uma característica crítica, participativa e produtiva.

Na escola se estabelece a educação voltada para os conhecimentos científicos, com base em teoria e práticas fundamentadas nos pensadores, já na família agregam-se valores do cotidiano familiar, onde os exemplos das práticas voltadas para o afeto, o carinho e a compreensão compartilham um mesmo ambiente. Resulta-se assim, em uma relação caracterizada na função de formar um indivíduo em um cidadão incluso em uma sociedade.

Faz-se necessário criar situações para oportunizar a reflexão e implantação novas possibilidades de intervenção que promovam mudanças significativas na relação família-escola. E ainda, que esta pesquisa sirva de subsídios para melhorar

o entendimento sobre a relação família e escola e sugere-se também a realização de novas pesquisas, a fim de contribuir para transformar esta relação por meio da valorização dos aspectos positivos relacionados ao processo educativo.

O envolvimento dos pais na educação escolar, inclusive no que tange ao trânsito, é necessário, pois juntos, família e escola podem promover situações complementares e significativas de aprendizagem e convivências capazes de favorecerem o desenvolvimento físico e mental da criança. Tal parceira é fundamental.

2.4 EDUCAÇÃO COMO UMA QUESTÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A educação visa levar a efeito o direito de todos à uma educação de qualidade - base para uma sociedade mais justa e igualitária. A educação é um bem comum especificamente humana decorrentes da necessidade de desenvolver-se como tal, por isso todas as pessoas, sem exceção, têm direito a ela, como cita Savater (2014, p.39)

Para ser homem não basta nascer, é preciso também aprender. A genética nos predispõe a chegarmos a sermos humanos, porém só por meio da educação e da convivência social conseguimos sê-lo efetivamente.

Portanto, a educação é condição humana, e vai muito além do simples acesso à escola, embora este seja um primeiro passo, exige qualidade e a possibilidade de que todas as pessoas possam desenvolver os seus múltiplos talentos e habilidades, compreendendo-se o processo educativo como formação que envolve os seres humanos como um todo.

Nas palavras de Freire (2011, p. 42): "Ninguém nasce feito. Vamos nos fazendo aos poucos, na prática social de que tomamos parte".

Desta suposição deriva-se que da vivência individual concebida nas relações travadas com outros - aprendida na realidade e da realidade - é onde os indivíduos constroem sua consciência pessoal, para tal, este necessita da experiência do concreto para que construa sua consciência de realidade vivida.

Entendemos que é a partir desse cenário que devemos compreender os processos educativos como necessário a todos.

Para Vygotsky:

(...) o aprendizado desperta vários processos internos de desenvolvimento, que são capazes de operar somente quando a criança interage com pessoas em seu ambiente e quando em cooperação com seus companheiros (...) Desse ponto de vista, aprendizado não é desenvolvimento; entretanto, o aprendizado adequadamente organizado resulta em desenvolvimento mental e põe em movimento vários processos de desenvolvimento que, de outra forma, seriam impossíveis de acontecer. Assim o aprendizado é um aspecto necessário e universal do processo de desenvolvimento das funções psicológicas culturalmente organizadas e especificamente humanas (VYGOTSKY, 2015, p. 118).

O pleno exercício do direito à educação envolve necessariamente a educação em e para os direitos humanos, devendo ser proporcionado aos alunos, desde os primeiros anos de vida escolar, oportunizada não só pelo aprender, mas pelo direito de vivenciar tais direitos. Os educandos precisam ser oportunizados a compreender seus direitos e responsabilidades. Liberati (2014, p.13) lembra que “com status de direito fundamental, a educação torna-se base para a participação na vida social, ao mesmo tempo em que é fundamento para a aquisição e o crescimento da cidadania”

Nessa perspectiva, entendemos que as pessoas são mais propensas a desenvolver-se, quando interagem com outros indivíduos, Logo, se for oportunizado ao discente participar com os outros nas diversas atividades da vida humana, maiores serão suas possibilidades, desde que se estabeleça as condições básicas capaz de promover o desenvolvimento pessoal e a integração social capaz de favorecer o desenvolvimento do indivíduo como ser humano, mas com uma lógica de demonstração de seu potencial social constante. A falta de educação atrapalha tanto no cumprimento dos deveres quanto no exercício dos direitos.

A inclusão constrói-se sobre a crença de que todas as pessoas são iguais e como tal, “devem ser respeitadas e valorizadas como uma questão de direito humano básico”. (SAVATER, 2014, p. 33)

O direito à educação no sistema internacional de direitos humanos (disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e adaptabilidade) são incorporadas ao direito brasileiro como princípios básicos, somados aos princípios constitucionais do ensino.

Negar o direito a educação é violação de direito como princípio da dignidade humana. Na lição de Dallari (2014, p. 11) “os indivíduos e os povos que não têm oportunidades de educação estão condenados a uma situação de inferioridade e marginalidade, que é praticamente impossível de superar” e diz ainda o autor, para eles “não tem qualquer sentido a proclamação constante do artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, de que ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos e dignidade’”.

Uma educação com respeito aos direitos humanos significa propiciar participação nos processos democráticos de tomada de decisão em que diferentes atores estão envolvidos na comunidade educativa.

A participação é o compartilhamento resultante da interação social dentro de uma comunidade que tem um objetivo comum. Um dos fatores que geram desigualdade e segregação nos sistemas de ensino e nas escolas é a cultura que reproduz a fragmentação presente nas sociedades e limita o encontro entre diferentes grupos. Uma das características da educação é justamente o acesso plural às escolas, base de uma sociedade democrática. (BELTRAN, 2010)

A escola tem o papel em evitar as desigualdades. Hoje, a escola não está longe de ser o único lugar de acesso ao conhecimento, mas ainda é o órgão que pode garantir sua distribuição equitativa sob certas condições.

3 O ACESSO À EDUCAÇÃO JURÍDICA COMO MEIO DE CONTRIBUIR PARA A FORMAÇÃO DA CIDADANIA

A educação escolar não se apresenta como uma solução milagrosa ou imediata para todos os problemas sociais existentes, tendo em vista que estes são causados por uma série de fatores que se entrelaçam, inclusive fatores históricos, e que ainda é necessário muito trabalho para suprir a crise de ausência de valores vivida pela sociedade atualmente. Entretanto, a escola pode viabilizar de maneira

privilegiada o exercício da cidadania a uma grande parcela da população para que esta tenha condições de lutar pela resolução de tais problemas.

Uma disciplina com noções de Direito não possibilitaria aos educandos um amplo conhecimento jurídico, mas os conscientizaria da existência de seus direitos e deveres e da possibilidade e necessidade de reivindicá-los e cumpri-los. Proporcionaria noções de cidadania, da estrutura do ordenamento jurídico e da organização do Estado e os incentivaria a se aprofundar nestas questões. Afinal, é preciso sempre buscar o conhecimento e se atualizar nas mais diversas áreas, especialmente quando se precisa dele para a vida, para o exercício da cidadania, que, aliás, como descobriu-se na pesquisa de campo muitos nem sabem o que é.

A constituição Federal de 1988 ampliou de maneira significativa os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, e, já no preâmbulo consagrou a edificação de um Estado Democrático de Direito

3.1 A EDUCAÇÃO JURÍDICA NO FORTALECIMENTO DA CIDADANIA

O Estado Juiz estabelece que não se pode alegar desconhecimento da lei e do próprio direito, no entanto na sociedade contemporânea existem normas que não são intuitivas e tampouco são de amplo conhecimento. Dessa forma, fica a dever do estado que instituiu tal premissa, que o conhecimento jurídico seja disponibilizado a todos.

Ter acesso às informações jurídicas é de vital importância para o cidadão. Oferecer o ensino acerca de noções básicas do Direito aos alunos do ensino regular é uma forma de garantia da justiça, dada à importância do cidadão na democracia. Levando-se em consideração o contexto atual e o papel do cidadão na sociedade, essas questões são relevantes e urgentes.

Os Parâmetros Curriculares Nacionais – PCNs são referenciais de qualidade elaborados pelo Governo Federal para direcionar a educação brasileira e têm o objetivo de apontar metas “que ajudem o aluno a enfrentar o mundo atual como cidadão participativo, reflexivo e autônomo, conhecedor de seus direitos e deveres”. Em outras palavras, os PCNs foram criados para priorizar uma educação voltada para a cidadania. Uma educação que, além de transmitir conhecimento, ensine direitos e deveres e que atenda também ao aspecto moral. Que reproduza valores,

princípios de tolerância e respeito às diferenças, de modo a tornar mais harmoniosa possível a vida em sociedade (AZEVEDO, 2011).

Cada disciplina que se estuda na escola traz uma contribuição específica para a vida, como explica Sergio Ruy David Polimento Valente:

(...) aprendemos na escola a língua portuguesa porque ela é necessária para a comunicação, para o trabalho, para nossa identidade cultural. Aprendemos conceitos elementares de matemática para podermos gerenciar nossas finanças pessoais, entender o sistema de preços da economia de mercado na qual todos estamos inseridos. Da mesma forma, a Geografia nos ensina, nos bancos escolares como é o meio em que vivemos, as características do ambiente, a dimensão física e humana do nosso mundo, assim como a disciplina história nos mostra o nexos de causalidade entre os fatos históricos, nos ajudando a entender porque o mundo é do jeito que é e como poderá ser no futuro (VALENTE, 2012, p. 11).

Nessa linha de pensamento, a disciplina Noções de Direito também tem uma importante função: auxiliar a formação de indivíduos mais humanos e solidários, informados e preparados para a vida, para reivindicar, tomar atitudes corretas, resolver problemas do dia a dia, e não deixar que sejam privados de seus direitos. Cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, capazes de participar da gestão do Estado e dos destinos da sociedade que integram.

Os PCNs elegeram a cidadania como eixo “vertebrador” da educação escolar. Sendo assim, esta deve estar voltada primeiramente para a questão da cidadania. Se atualmente presencia-se uma situação que indica falhas neste aspecto, como a violência cotidiana, a falta de solidariedade, de zelo pelos bens públicos, pelo meio ambiente, entre outros, é necessário que haja uma mudança de métodos, que novas medidas sejam tomadas (VASCONCELOS, 2012).

Em relação a isso, Alberes de Siqueira Cavalcanti (2015, p. 29) explica que, “sendo a cidadania o eixo vertebrador, significa então que toda a escola deve trabalhar a partir deste eixo, ou melhor, a escola deve ser pensada e reestruturada em função da cidadania do aluno”.

Dessa maneira, a escola deve se adequar à realidade social e buscar exercer da melhor maneira possível seu papel de educadora. Sendo assim, no mundo moderno, onde pais e mães trabalham fora de casa o dia todo, deixando aos professores a tarefa de educar seus filhos, a escola procura suprir a necessidade de construção de valores e consciência cívica que estes trazem de casa, e que são essenciais à formação de cidadãos conscientes e socialmente ativos.

Atualmente a humanidade passa por uma crise de valores. Os jovens estão desorientados e a escola se pergunta sobre si mesma, sobre qual o seu papel na sociedade moderna, nesse contexto de desigualdade social, de desrespeito ao próximo, à família, ao meio ambiente e de inúmeros outros problemas.

Com o conhecimento de noções de Direito os estudantes estarão mais aptos a refletir, questionar e se posicionar em relação a tais problemas e exercer sua cidadania de fato. Isso porque uma tomada de posição implica eleger valores, tomar uma ou outra atitude, aceitar ou questionar normas, legitimar ou não a ordem vigente, e para isso é necessário o conhecimento.

Se a educação escolar deve estar voltada para a formação de cidadãos para a vida, conscientes, críticos e solidários, capazes de atuar para promover a melhoria da condição social, torna-se de grande importância o ensino de noções de Direito no Ensino Médio. Nesse sentido, Marlene Ribeiro comenta que:

(...) pensadores modernos identificam a educação como um caminho para a conquista de direitos sociais. Assim, no que tange à cidadania, parece haver um consenso de que sua conquista implica o conhecimento de direitos e deveres por meio de uma sólida educação escolar básica (RIBEIRO, 2002, p. 23).

Para que as pessoas possam cumprir seus deveres e cobrar seus direitos, é necessário primeiro conhecê-los, ter noção da amplitude das normas a que se submetem todos os dias e principalmente dos direitos fundamentais que detém. Isso é cidadania, uma palavra de significado tão amplo e que infelizmente a maioria das pessoas não conhece.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito. De acordo Dalmo de Abreu Dallari (2014, p. 51): "A base do conceito de Estado Democrático é, sem dúvida, a

noção de governo do povo, revelada pela própria etimologia do termo democracia...”

A democracia baseia-se na supremacia da vontade popular. Submete os governos ao Estado de Direito, assegura a igualdade de direitos entre os indivíduos e sua proteção pelo sistema judiciário e protege a liberdade e os valores fundamentais da pessoa humana. No Estado Democrático o povo detém responsabilidade cívica e tem o direito de participar da vida política. Entretanto, para que o povo possa participar da vida política buscando justiça, exercendo assim sua cidadania e concretizando a democracia, faz-se necessário o conhecimento de seus direitos e deveres de cidadãos, pois cidadania e democracia são intrinsecamente conexas (SCARPAT, 2010).

Direitos civis, políticos e sociais, cujo exercício integra o que se conceitua como cidadania e que constituem importantes instrumentos para a melhoria da condição social, são deixados de lado ou ignorados por boa parte da população. A falta de conhecimento prejudica o exercício da cidadania e conseqüentemente a luta por melhores condições de vida (VASCONCELOS, 2012).

3.2 PROPOSTAS LEGISLATIVAS

Algumas propostas correlacionadas podem ser encontradas nos Estados do Amazonas, Acre e Rondônia, contudo, a discussão trata apenas de pontos isolados, com a apresentação de projetos de leis municipais ou estaduais que proponham a inclusão destas disciplinas apenas na grade curricular das escolas públicas.

Nesse contexto, alguns Projetos de Lei propondo a inclusão de uma disciplina introdutória ao direito na educação básica já foram criados. No estado do Rio de Janeiro o Projeto de Lei nº15642004, de autoria do Deputado Armando José, determina a inclusão da disciplina Noções de Direito e Cidadania em caráter complementar nas escolas do Ensino Fundamental e Médio do estado. No Rio Grande do Norte, o Deputado Robinson Faria apresentou Projeto de Lei propondo a inclusão das disciplinas Noções Básicas de Direito do Consumidor e Noções Básicas de Legislação Social na grade curricular das escolas da rede pública do Ensino Fundamental. Em São Paulo o Deputado Alex Manente elaborou o Projeto de Lei Nº 3742007, que propõe a inclusão da disciplina Introdução ao Estudo do Direito no segundo ano do Ensino Médio da rede pública estadual.

De acordo com o projeto supracitado, o conteúdo programático da nova disciplina inclui Noções básicas de Justiça e Cidadania, Teoria Geral do Estado, Hermenêutica da Lei e Direito do Consumidor, que segundo o entendimento do próprio autor, podem “ajudar a conscientizar os jovens e adolescentes de seus direitos e deveres, contribuindo sobremaneira na formação de um caráter de cidadania, essencial para o desenvolvimento de nosso país”.

No estado da Bahia, o projeto “OAB vai à escola”, lançado em 2008 a partir de uma parceria entre a Ordem dos Advogados da Bahia (OAB) e a Secretaria de Educação do estado da Bahia, tem o objetivo de levar aos estudantes do Ensino Médio de escolas públicas conhecimentos mais profundos acerca de seus direitos e deveres estabelecidos na ordem jurídica do país. Para isso, o Projeto leva aos alunos noções do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, e de Direito do Consumidor, na tentativa de preparar jovens mais conscientes e capazes de exercer sua cidadania.

Também o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP oferece curso gratuito de Formação Jurídica para o Ensino Médio, com o intuito de aproximar os jovens estudantes do mundo jurídico, para que saibam utilizar o Direito e resolver questões de seu cotidiano.

Assim, a inclusão da disciplina noções de Direito no Ensino Médio, com um conteúdo adequado a esse nível de ensino, apresenta-se como um importante instrumento a ser utilizado na formação do educando. Uma formação que deve ser não só intelectual, mas também humanística e moral. Formação que se inicia na família, muitas vezes nas mais precárias condições, e continua na escola, onde deve encontrar meios para seu aperfeiçoamento.

Uma boa educação é capaz de formar cidadãos preparados para enfrentar inúmeros problemas sociais ou até evitá-los, como assevera o Deputado Alex Manente na justificativa do Projeto de Lei 3742007:

A falta de formação educacional adequada gera o aumento de problemas de saúde pública, aumento de desemprego, gravidez indesejada, e, um desrespeito acentuado no exercício de direitos fundamentais, sendo o

jovem um alvo fácil para o consumo de drogas que naturalmente o levarão para a criminalidade.

Os jovens devem receber uma educação adequada, capaz de suscitar responsabilidade social e comunitária, pois a qualidade da educação condiciona a visão de mundo dos indivíduos. Noções de Direito é sem dúvida indispensável a uma boa formação. A Constituição Federal de 1988 enumera um amplo rol de direitos e garantias dos cidadãos, que são destinados a assegurar a liberdade de expressão e a participação na vida política, econômica e cultural da sociedade, como numa verdadeira democracia. Esse conjunto de direitos e garantias não pode ser ignorado pelas pessoas, especialmente pelos jovens, que são considerados o futuro da nação.

Os próprios PCNs fazem referência a artigos constitucionais para explicar valores éticos e morais, como aos artigos 1º, 3º e 5º, e na Apresentação aos Temas Transversais lê-se: “Os Parâmetros Curriculares Nacionais, ao propor uma educação comprometida com a cidadania, elegeram, baseados no texto constitucional, princípios segundo os quais orientar a educação escolar...”

Se os PCNs, que vieram orientar a educação na tentativa de amenizar o vazio ético da escola, se baseiam em princípios constitucionais, parece sensato afirmar que uma disciplina específica de noções de Direito poderia colaborar significativamente na formação dos jovens, fazê-los refletir e perceber que vivem numa sociedade regulada por normas e que para haver um convívio harmônico é necessário que as cumpram e as façam cumprir.

Muito do que se discute hoje gira em torno da forma como se daria a inserção e o repasse do conhecimento sobre as noções básicas de direito para os alunos do ensino regular.

Freire (2011) apresenta um projeto desenvolvido em diversos estados brasileiros, incluindo São Paulo e Bahia, pela iniciativa da OAB e intitulado “OAB vai à escola” e que tem por objetivo levar de forma didática aos jovens do ensino médio, noções de cidadania para que esses jovens possam ter uma formação crítica e responsável para o pleno exercício dos direitos e deveres.

Além deste projeto, Freire também cita o programa “ECA vai à Escola” que visa levar ao conhecimento de toda a comunidade escolar do ensino público básico,

os postulados do Estatuto sobre direitos e deveres das crianças e adolescentes e vivenciar esse conhecimento dentro e fora da escola.

Muitos trabalhos já realizados consideram que a inclusão de matérias jurídicas como disciplinas obrigatórias no ensino básico são a melhor forma de garantir que o conhecimento acerca de noções básicas de direito sejam estendidos a todos os estudantes do Brasil.

Adiante, este artigo vai discutir alguns projetos de lei em diferentes estados que versam sobre a inclusão do ensino jurídico nos conteúdos escolares do ensino básico.

O deputado Romário (PSB – RJ) apresentou o Projeto de Lei (PL) nº 6954 de 2013 para alterar a redação dos artigos 32 e 36 da Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996 (LDBEN) e propor a inclusão da disciplina obrigatória de Direito Constitucional nos currículos do Ensino Fundamental e Médio das escolas públicas e privadas de todo o país.

A justificativa utilizada é a necessidade de “expandir a noção cívica dos nossos estudantes, ensinando-lhes sobre seus direitos constitucionais, como cidadão e futuro eleitor e, em contrapartida, aprenderem sobre seus deveres”, nas palavras do mesmo.

Na mesma linha, o então deputado Vicentino Alves do PR-TO, apresentou no dia 07 de dezembro de 2010, o Projeto de Lei nº 7990 que torna obrigatória a inclusão da disciplina Direito Constitucional para o ensino fundamental e médio nas escolas públicas e privadas, para os alunos que estejam devidamente matriculados. O deputado também ressaltou em sua justificativa, o fato de que se o estudante, a partir dos 16 anos, pode exercer o direito de votar, ele também pode entender os textos da Constituição Federal e assim, assimilar temas como nacionalidade, cidadania, direitos e deveres fundamentais e direitos sociais e levá-los para o seu cotidiano (AMARAL e OLIVEIRA, 2011, p. 224).

No estado de São Paulo, foi aprovado em 2007 pela Assembleia Legislativa, um projeto de lei de autoria do Deputado Alex Manente (PPS) que torna obrigatória a inclusão da disciplina Introdução ao Direito nas escolas da rede estadual.

A disciplina será ministrada aos alunos do 2ª Ano do Ensino Médio e deverá conter, entre outros, diretrizes como: Justiça e Cidadania, Teoria Geral do Estado, Hermenêutica da Lei e Noções Básicas de Direito do Consumidor. Para justificar seu projeto, o deputado Alex Manente diz que:

A falta de formação educacional adequada gera o aumento de problemas de saúde pública, aumento de desemprego, gravidez indesejada, e, um desrespeito acentuado no exercício de direitos fundamentais, sendo o jovem deseducado um alvo fácil para o consumo de drogas que naturalmente o levarão para a criminalidade.

Cardoso e Mendonça (2009, p. 62) citam o projeto apresentado pelo deputado José Riva do Mato Grosso, para tornar obrigatório neste estado, o ensino de noções básicas de direito constitucional nas escolas de ensino fundamental e médio. Os autores definem a necessidade de suprir a carência de bases do Direito Constitucional na nossa sociedade, como justificativa dada pelo deputado para implementar o projeto.

Cardoso e Mendonça (2009, p. 63) também destacam outros projetos de lei existentes nos estados de Rondônia e do Acre para inclusão da matéria de noções básicas de direito.

As propostas, segundo os autores, partiram da Ordem dos Advogados do Brasil e de entidades representativas, as quais consideram a medida uma necessidade urgente para os estados. Esta pesquisa não encontrou informações quanto à aprovação ou não de todos os projetos de lei aqui mencionados.

Em contramão a todas essas propostas de inclusão de disciplinas obrigatórias, o deputado Arthur Lira enviou requerimento de Indicação ao Poder Executivo, para que o Ministério da Educação incluísse nas diretrizes curriculares do ensino médio de todo o país, as noções básicas de Direito Constitucional. O deputado não defende, no entanto, a criação de mais uma disciplina obrigatória, pois considera o currículo escolar brasileiro muito saturado.

O que ele sugere é que essas noções básicas podem ser perfeitamente trabalhadas de forma interdisciplinar ou transversal dentro das disciplinas já existentes no currículo do ensino médio.

O deputado também utiliza o novo delineamento proposto pelo MEC junto ao Conselho Nacional de Educação (CNE) e a reformulação das diretrizes curriculares do ensino médio, para salientar a necessidade dos jovens brasileiros de aprender as noções básicas de Direito Constitucional.

Arthur Lira justifica:

O ensino médio constitui o nível de ensino adequado para que os jovens tomem conhecimento da organização administrativa do estado brasileiro, bem como de seus direitos, deveres e garantias fundamentais, essenciais a sua futura inserção na sociedade e, principalmente, no mundo do trabalho. Neste sentido, o papel da escola não se limita a mera transmissão do conhecimento, mas deve também fornecer a seus alunos o conhecimento de valores e princípios éticos, indispensáveis à construção do Estado Democrático de Direito (LIRA, BRASIL, 2011).

De fato, existem muitas manifestações a favor e contra quanto a se implementar o ensino de noções básicas de direito nas escolas de todo o Brasil. Muitos daqueles que o defendem citam os pressupostos contidos na LDBEN para apoiar essa reflexão, uma vez que a esta Lei deixa bem claro que a educação deve estar voltada para o pleno desenvolvimento do educando quanto cidadão e para a inserção no mercado de trabalho e para isso o conhecimento básico do ordenamento jurídico seria essencial para alcançar esse objetivo.

Nesse sentido, pode-se citar Castilho (2017, s. p.) que afirma:

O Direito é muito mais que isso, não se resume ao Estado, embora o discipline e simultaneamente o constitua – o Direito é a arte segundo a qual as pessoas vivem ordenadamente e em paz, jubilosas de seus atributos e das possibilidades intermináveis de transcendência pessoal e evolução social, tudo sob o harmônico imperativo da paz. As formas técnicas de que se reveste é que devem ser ensinadas e interiorizadas pelos destinatários da norma. Conhecer as atribuições das principais autoridades, a forma pela qual se deve proceder para cobrar destas o que é de direito, saber em que consiste

ser consumidor e o que isso implica, ter em mente os poderes inerentes à propriedade que possui, e, sobretudo, ter bem claro quais são os direitos fundamentais e o que fazer para protegê-los – tudo isso demonstra claramente que não há substancial vida em sociedade sem conhecer o Direito. Ensiná-lo para além dos círculos do Ensino Superior, portanto, é uma forma de assegurar que nossa sociedade de amanhã será melhor do que a de hoje.

Diante do exposto, conclui-se que a inserção de noções básicas do ensino do Direito na educação regular faz-se possível mediante a relevância da proposta e à própria preconização de medidas da LDBEN que abrem espaços para tal.

Outras pesquisas em outros estados mostram que existem projetos de lei que abordam a questão e que provaram ser possível a inserção dessas disciplinas. No entanto, é pouco viável para a nossa região que esses projetos venham a ser desenvolvidos e obtenham o resultado esperado.

Dessa forma, a inserção de disciplinas jurídicas no ensino regular só será possível se for acompanhada de uma mudança estrutural na grade curricular e também uma mudança na mentalidade de nossos governantes de que é importante investir e melhorar a educação brasileira, proporcionando assim, um ensino de qualidade para todos os cidadãos brasileiros.

3.3 A NECESSIDADE DO ENSINO JURÍDICO NAS ESCOLAS

No que tange às questões do preparo do exercício da cidadania, o pleno desenvolvimento da pessoa e à preparação para o mercado de trabalho. (SOUZA, 2015)

A título de exemplo, ressalta-se a importância de serem ensinadas as normas de trânsito em prol da cidadania. O trânsito envolve pedestre, passageiro, ciclista e demais condutores. Preparar culturalmente a sociedade para o trânsito é transformar a história em favor da preservação da vida, levando em conta o alto índice de acidentes por conta de falhas humanas.

Nesse enfoque, é necessário frisar que a família deve exercer o seu papel, no sentido de inserir, aos poucos, as crianças no universo do trânsito. Com isso as falhas poderão ser menores.

Outro enfoque seria da educação ambiental jurídica. A escola é o meio mais convencional de ajudar e reeducar todos os indivíduos sobre esse tema tão polêmico, para muitos a sua atitude errada em: jogar um lixo na rua, nos rios, matar animais silvestres ou até mesmo mantê-los em cativeiros não irá afetar nada na nossa biosfera.

Porém esse é o maior erro, quando é esquecido que dentro de bilhões de habitantes que vivem na terra muitos podem ter o mesmo pensamento e com isso gerar cada vez mais o desmatamento do lugar onde se vive. A importância de pensar como coletivo é indispensável para todos, por isso as informações não pode ser para apenas para uma pessoa isolada mais sim para o grupo onde ela vive sendo também é uma das melhores formas de ensinar e mostrar que todos devem agir no coletivo.

Portanto fica claro que não há outra maneira de saber sobre educação ambiental, há não ser estudando, buscando, questionado. A escola como ferramenta de ensino pode ser um dos maiores fatores contribuintes para a melhoria do ambiente onde se vive, para conscientizar as pessoas que nele habitam. Nosso planeta cada vez mais vem enfrentando grandes problemas e se desfazendo aos poucos.

A escola tem papel importante no desenvolvimento dos indivíduos, porém toda e qualquer educação precisa vir de cada pessoa, seja formalmente como: do ensino fundamental das escolas ou até mesmo informalmente dos princípios e ensinamentos vindos de dentro de casa ou até mesmo de sua criação.

Tendo em vista, que a educação ambiental nos dias atuais é considerada um problema dentro da nossa sociedade, pelos inúmeros fatores mencionados acima, é preciso rever os conceitos sobre o lugar onde todos os organismos vivem. A educação ambiental é a melhor forma de conscientizar e mostrar a todos os indivíduos a importância da preservação.

É necessário que se ensine os direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes na medida em que tais direitos são primordiais aos seres humanos. Trata-se de matéria elementar do Direito de tal forma que deveria ser enfocada nas aulas iniciais da educação jurídica nas escolas. Nesse diapasão, dada a importância dos direitos fundamentais, no Brasil, sem prejuízo de outros diplomas legais, os direitos humanos se encontram arrolados aos direitos particulares, socioeconômicos e políticos fundamentais. Nessa senda, os direitos humanos também podem ser chamados de Direitos Fundamentais, explicitados no artigo 5º da Constituição Federal.

Desse modo, considerando a previsão constitucional desses direitos, Alexandre de Moraes ressalta que os Direitos Fundamentais consistem no contíguo formalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por desígnio basilar o respeito à sua dignidade, por intermédio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e a afirmação de condições mínimas de existência (e não de mera sobrevivência) e desenvolvimento da personalidade humana. Assim, conforme continua o autor, os direitos humanos podem ser conceituados de diferentes formas, abrangendo as mais diversas situações (MORAES, 2016).

Com efeito, observa-se que são direitos que não derivam de mera permissão estatal, mas são direitos que os governantes têm por obrigação efetivar e proporcionar em toda e sua plenitude.

O mesmo ocorre na necessidade da educação de trânsito. Desta forma entende-se o crescente número de acidentes de trânsito, quando a própria lei defende a aplicação da educação para o trânsito em idade escolar, haja vista o curto espaço de tempo em que as auto escolas tem para preparar um condutor.

Sendo assim, tornar-se um multiplicador das informações sobre trânsito, é apossar-se de índices referentes à alta mortalidade provocada por este fator, o qual leva à reflexão, e a uma possível mudança de atitude a fim de diminuir os números atuais alarmantes de mortes no trânsito.

Vê-se normalmente na educação atual é que por não fazer parte dos temas transversais e nem ser exigido como parte do currículo, costuma-se trabalhar temas recorrentes esquecendo-se por vezes de tema tão importante como o trânsito. Se é trabalhado disciplinar, ministra-se conceitos abstratos, de modo teórico e muitas vezes desvinculados de sua realidade.

Toda ação educativa exige maior tempo para se chegar a verdadeiro resultado, desta forma, Não necessariamente um trabalho realizado terá seu objetivo claramente alcançado, trabalhar o tema trânsito, bem como conciliar a sua dinâmica com a família e a escola, é realizar um trabalho de sensibilização com resultados de mudança de atitudes, visíveis somente a longo prazo, visto estar em foco o homem e seu processo de formação de hábitos.

Ao deparar-se com resultados assustadores referente ao crescente número de sinistros no trânsito, para os quais os autores ligam à falta de educação, visto ser desacreditada pelos próprios envolvidos no sistema educativo, entende-se as respostas obtidas referente a questão; se o entrevistado tinha conhecimento anterior ao adquirido nas aulas para obtenção da habilitação, e de onde originou-se este conhecimento. Para a qual responderam não terem tido acesso a este conhecimento. Este fato evidencia de que em idade escolar anterior, ensino fundamental, o tema trânsito também não havia sido abordado.

Portanto, verifica-se que o ensino do Direito na educação básica significa um grande avanço social, que necessita de maior pauta, debate e repercussão principalmente no meio acadêmico jurídico e educacional da sociedade brasileira. Nesse enfoque destaca-se as lições de Lazzari Souza, a qual ressalta que:

Em seu artigo 2º, a LDB reforça ser a educação um dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais da solidariedade humana. Ainda nos termos do texto legislativo, a sua finalidade compreende o pleno desenvolvimento do educando, o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (SOUZA, 2015.p.41)

Portanto, de acordo com as lições supracitadas, essa possível medida beneficiará não só o cidadão individualmente mas também a coletividade de forma geral, assegurando o respeito da educação enquanto garantia constitucional, quer seja nos campos de desenvolvimento intelectual e científico, a contribuição para a dinamização econômica da sociedade e formar cidadãos mais conscientes quanto o seu papel no meio social (SOUZA, 2015).

Logo, verificar-se-á durante este trabalho as discrepâncias que há entre os princípios supracitados basilares e a realidade na prática da educação presente no Brasil. A indiferença da nação brasileira quanto a isso se faz presente simplesmente pelo fato de existirem poucas pesquisas acerca dessa possibilidade de inserção e poucas discussões no meio legislativo de forma eficaz.

3.4 MOMENTO IDEAL DE INSERÇÃO DA EDUCAÇÃO JURÍDICA

O momento ideal a serem inseridas as disciplinas de introdução jurídica, se no nível fundamental ou médio, é uma discussão complexa que será discutida neste trabalho. Todavia, ainda se considera poucas as medidas governamentais para a idealização dessa realidade. Logo, ressalta-se a importância da participação dos operadores do meio jurídico e dos educadores para uma possível viabilização e eclosão dessa ideia em um âmbito maior que o atual.

Estabelecer o momento ideal para se inserir disciplinas que dialogam com o direito não é uma tarefa fácil. A formação do pensamento humano começa na infância, porém é somente com o tempo que se estabelece o amadurecimento desse pensamento. Que o direito está a nossa volta é fato, mas é necessário estabelecer o que é pertinente e essencial para se ensinar aos jovens cidadãos.

No ensino fundamental é onde o aluno mais absorve princípios, molda sua personalidade, visto a novidade dos assuntos e a curiosidade latente nesta fase. É geralmente no ensino fundamental que o professor trabalha mais a interdisciplinaridade, visto a dificuldade em se explicar temas específicos.

Aqui nesse ponto as noções de direito poderiam ser apresentadas, trazendo para a realidade e cotidiano das crianças, e aos poucos fazê-los compreender toda a importância que existe por trás dessas noções.

Com o passar das séries e com o ingresso no ensino médio o tema iria se especificando, incentivando nos alunos as práticas de tais conceitos, como por exemplo, trabalhar diretamente a questão da acessibilidade; reivindicar e exigir pequenos direitos que são dispensados diariamente por não se ter conhecimento; saber noções de direito do consumidor.

A esse respeito, de acordo com o magistério de Curi e Assis (2012, p.188)

Certamente é nele que se manifestam as contradições mais gritantes da atuação da educação brasileira e onde as mazelas de uma formação educacional sem qualidade desembocam vitimando um sem número de cidadãos. Ao término do ensino médio todas as deficiências de formação tornam-se visíveis quando o concluinte desse nível escolar tenta ingressar no ensino superior ou no mercado de trabalho. Muitos são os jovens brasileiros que descobrem ou confirmam que estão despreparados quando concluem o ensino médio. Não conseguem ter acesso às universidades via vestibular e também têm dificuldades para estabelecer-se com êxito no mercado de trabalho.

Entende-se então que o melhor momento para se inserir noções básicas do direito acontece durante as séries finais do ensino fundamental, aprofundando-se com o ingresso no ensino médio.

Ou seja, a sequência ideal é apresentar as noções de forma simplificada no fim do ensino fundamental, estabelecer uma base, e posteriormente ampliar e aprofundar o tema durante o ensino médio, promovendo ações e debates entre os alunos.

4 CONCLUSÃO

A sociedade é constituída por um conjunto de pessoas que se submetem a normas criadas por elas mesmas. Normas que limitam a liberdade individual em prol de um bem comum. As pessoas devem ter noção da existência, do funcionamento e das finalidades dessas normas para que possam reivindicar e fazer com que seus objetivos sejam alcançados. Devem entender que é dever delas zelar pelo alcance de tais objetivos, não só fiscalizando seus representantes, mas fazendo sua parte, cumprindo seus deveres de cidadãos.

Nessa perspectiva, torna-se necessário um mínimo de conhecimento na área do Direito, da estrutura das normas e organização do Estado, para que se possa compreender melhor e participar ativamente dos fatos que ocorrem no cotidiano e exercitar plenamente a cidadania.

Muitas pessoas oferecem resistência às normas impostas pelo Estado por considerá-las limitações injustas, talvez por falta de conhecimento ou até de reflexão quanto aos objetivos das mesmas.

Neste contexto, democracia é sinônimo de soberania popular, legitimação do poder político na realização dos interesses públicos e, sobretudo de participação social na fiscalização e gestão do Estado. Sendo assim, para que haja democracia é necessário primeiramente o exercício da cidadania, que os indivíduos aprendam a zelar por seus interesses e pelo cumprimento dos princípios e regras constitucionais, e que tomem conhecimento dos instrumentos legais de que podem fazer uso para esse fim.

Cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, elencado no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal, é um dos princípios norteadores, universais da ordem política, econômica e social, e seu exercício deve ser viabilizado a todos.

Isso porque, cidadania não é apenas a conquista legal de alguns direitos, mas sim a efetiva realização destes. Um amontoado de códigos não é garantia suficiente da efetividade das normas neles estabelecidos. As leis constituem importantes instrumentos para que as pessoas façam valer seus direitos, mas apenas a existência das mesmas não é suficiente. É necessário que haja uma boa educação, capaz de levar a cidadania a todos, de efetuar um nivelamento em relação às desigualdades sociais, de modo que todos possam ter conhecimentos comuns e sejam regidos por normas legais de que possam fazer uso igualmente, efetivamente como num Estado Democrático de Direito.

Largos passos foram dados em direção a uma Sociedade Democrática com a Constituição Federal de 1988, que condensa princípios de igualdade e garantias fundamentais dos cidadãos, mas ainda há muito a ser feito neste sentido.

A inclusão da disciplina Noções de Direito no Ensino Médio apresenta-se como uma significativa medida para o avanço da democracia no país. Para educar, conscientizar, promover responsabilidade social e fazer com que os educandos conheçam, legitimem e adotem os valores morais que subjazem aos ideais da Constituição brasileira. Enfim, para que de fato se realize o que preconizam os PCNs e a LDB: uma educação para a cidadania.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Almerindo J. **Avaliação educacional: regulação e emancipação**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2013.

AMARAL, D. P. do; OLIVEIRA, R. J. de. **Na contramão do ensino médio inovador: propostas do legislativo federal para a inclusão de disciplinas obrigatórias na escola**. Cad. Cedes, Campinas-SP, vol. 31, n. 84, p. 209-230, maio-ago. 2011.

AZEVEDO, R. G. **Socialização e controle social** in: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; LOMBARDO JORGE, Vladimir. Curso de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

AZZI, Sandra. **Avaliação e progressão continuada**. In: AZZI, S. (coord). Avaliação do desempenho e progressão continuada : projeto de capacitação de dirigentes. Belo Horizonte: SMED, out. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. São Paulo: SAF, 2016.

CARNELUTTI, F, 1879-1965. **Como nasce o Direito**. Francesco Carnelutti. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2016.

CASTILHO, R. **Direito nas escolas: construção de pessoas e de uma sociedade democrática**. [Publicado em 15 nov. 2007]. Disponível em: . Acessado em: 29 de setembro de 2014.

CAVALCANTI. Alberes de Siqueira, (2015). **Ética e cidadania na prática educacional**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/abc/eticacidpraticaeduc>. PDF. Acesso em: 25 de abril de 2019.

CUNHA, Maria Isabel da. **O Professor universitário : na transição de paradigmas**. Araraquara, SP: JM, 2010.

CURI, L. M.; ASSIS, R. G. G. **Noções de direito no Ensino Médio: uma demanda urgente**. Revista jurídica Uniaraxá, Araxá, v. 16, n. 15, p. 187-225, ago. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Educação, direito e igualdade**. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 04 mar. 2014.

ESTEBAN, M. T. (Org.). **Avaliação: uma prática em busca de novos sentidos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2010.

FREIRE, A. L. **A inserção de matérias jurídicas nas escolas de ensino básico**. [Publicado em 16 maio de 2011]. Disponível em: <http://www.abcdodireito.com.br/2011/05/insercao_materiasjuridicasescolasensinob.html>. Acessado em 29 de abril de 2019.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 25a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDONÇA, F. C.; CARDOSO, R. D. **Noções básicas de direito nos ensinos Fundamental e Médio**. Revista Fapciência. Apucarana-PR. ISSN 1984-2333, v. 5, n. 7, p. 55-66, 2009. Disponível em: . Acessado em: 29 de maio de 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, E. R. M. de. **A importância da introdução de disciplinas jurídicas no ensino médio**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013.

OLIVEIRA, L. B. de. **Acesso à educação jurídica: pela inclusão do ensino jurídico na grade curricular regular**. Publicado em março de 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35335/acesso-a-educacao-juridica-pela-inclusao-do-ensino-juridico-na-grade-curricular-do-ensino-regular>. Acessado em: 29 de set. 2014.

RIBEIRO, Marlene, (2002). **Educação para a cidadania: questão colocada pelos movimentos sociais**. Educação e Pesquisa, São Paulo, v.28, n.2, p. 113-128, jul./dez. 2002.

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v28n2/a09v28n2.pdf> Acesso em: 30 de abril de 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SAVATER, F. **O valor de educar**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2014.

SCARPAT, Marlene Júlia, (2010). **Educação na formação para cidadania**. Disponível em: <http://www.arenapolisnews.com.br/artigo/676/A-educa%E7%E3o-na-forma%E7%E3o-para-cidadania->. Acesso em: 22 de abril de 2019.

SOUZA, C.L. **Da necessidade da introdução do ensino jurídico na Educação Básica**. Porto Alegre: 2015.p.41.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação é um Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2012.

VALENTE, Sergio Ruy David Polimento, (2012). **Ensino do direito nas escolas**. Disponível em: <http://www.conteudoescola.com.br/site/content/view/171/25/>. Acesso em 29 de março de 2019.

VASCONCELOS, Teresa, (2014). **A importância da educação na formação da cidadania**. Saber (e) educar, volume 12. Disponível em: <http://repositorio.esept.pt>. Acesso em 05 de abril de 2019.

[1] Orientador. Professor da Faculdade Católica de Tocantins – FACTO.

A PERDA DO TEMPO ÚTIL E O DEVER DE INDENIZAR

LÚCIA DE FÁTIMA MEDEIROS CARDOSO DAMASCENO:
acadêmica do Curso de Direito, da Faculdade Serra do Carmo,
Palmas Tocantins.

RAMILLA MARIANE SILVA CAVALCANTE^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho analisa a perda do tempo útil e o dever de indenizar, voltando-se, a análise do valor social e jurídico do tempo. Primeiramente, será feita uma abordagem do tempo e a sociedade, com ênfase para a evolução da sociedade artesanal para a sociedade da informação, o valor do tempo, conceito, tempo livre e elementos da relação de consumo. Analisar-se-á, o dano moral nas relações de consumo, a dignidade da pessoa humana no contexto do estudo, o dever de indenizar e dano moral e mero aborrecimento. Por fim, a pesquisa se voltará para a questão do tempo como bem jurídico, com destaque para a indenização satisfativa e não enriquecimento sem causa. Para melhor compreensão, abordar-se-á a tutela implícita na Constituição Federal Brasileira e ainda tutela da perda do tempo útil. O presente estudo foi produzido com base no método dedutivo, exploratório e descritivo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Tempo. Perda. Valor Jurídico. Valor Social. Indenização.

ABSTRACT: This paper examines the loss of good time and the duty to indemnify turning the analysis of social and legal value of time. First, an approach to time and society with emphasis on the evolution of small-scale society to the information society, the value of time, concept, leisure and consumer interface elements will be taken. , Will be examined moral damages in consumer relations, the dignity of the human person in the context of the study, the duty to indemnify and moral damages and mere annoyance. Finally the research will turn to the question of time as well as highlighting the legal satisfativa compensation and no unjust enrichment, for better understanding will address itself to implicit protection in the Brazilian Federal Constitution and further protection from the loss of good time. This study was produced based on the deductive, exploratory and descriptive method, technique literature.

Keywords: Time. Loss. Legal value. Social Value. Indemnification.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da perda do tempo útil e o dever de indenizar. Sabe-se, que hoje vivemos em uma constante busca por mais tempo, cada minuto pode representar um divisor de águas para aqueles em que o relógio é primordial na determinação de suas tarefas diárias, e um minuto desperdiçado coloca em dificuldade toda a programação do indivíduo.

Nota-se, que a questão do tempo parecer cada vez mais corrido, mais curto, reside no modelo de sociedade que se vive hoje. Sociedade em que a evolução parece ter perdido o freio, e a forma encontrada por nós de acompanhá-la é correr cada vez mais rápido, por isso, o tempo passou a ser valorado tanto em aspectos sociais como jurídicos.

O presente estudo busca compreender como e de que forma, o tempo passou a ter valor diferente de outrora, e também, o que vem a ser o tão invocado instituto do tempo útil e suas características sociais e jurídicas, buscando compreender como a sociedade se comporta ante a dificuldade de coordenar o tempo.

Nem sempre das relações de consumo respeita-se aquilo que pressupõe a lei (Código de Defesa do Consumidor), e a violação da norma enseja a depender da situação o dano moral. Por isso abordar-se-á quando esse dano fere a dignidade da pessoa humana, como os tribunais valoram a indenização e por fim quando em uma relação de consumo o incômodo causado ao consumidor pelo fornecedor ou prestador de serviço deixa de ser um mero aborrecimento e passa a ser dano moral.

A partir dessas relações de consumo advém o dano moral que engloba as lesões a direitos subjetivos da pessoa, como por exemplo, os sentimentos, a dignidade da pessoa humana, e assim sendo os tribunais passaram a ter o dever ressarcir aqueles que forem moralmente lesados, desde que consiga comprovar a lesão e que esta ultrapassou o limite de um mero aborrecimento.

Não é lícito que o consumidor perda tempo, ora escasso na sociedade da informação, para resolver problemas decorrentes dos bens concebidos, exatamente com o objetivo de lhe poupar tempo. Nesse contexto, não se fala em mero aborrecimento em decorrência de dano causado pelo fornecedor, mas, de dano moral configurado.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O dano moral nas relações de consumo, buscando relacionar a obrigação do fornecedor em relação à perda do tempo útil do consumidor. A questão específica do dano material deixa de ser abordado, pois sobre ele não recai nenhum ponto de controvérsia.

Inicialmente faremos um breve comentário sobre direitos humanos, o qual envolve uma série de direitos e liberdades civis e públicas de maneira que a contemplação desta expressão de forma simples compõe uma série de benefícios à coletividade. Todavia, a ausência do mesmo impede que sejam aplicados alguns princípios, como o princípio da igualdade e dignidade da pessoa, "atributos irrenunciáveis e inalienáveis". HAONAT, (2007, p 57).

A designação de direitos humanos abrange pela concepção de Estado Democrático de Direito os aspectos éticos, culturais, sociais e econômicos. Contudo, as relações de mercado, na prática, privilegiam apenas o lucro; o capital tem valor maior que a vida humana. O entendimento dos doutrinadores, tanto quanto a lei e jurisprudência, tem sido essencial na busca pela proteção do mais fraco, considerando como mais fraco todo o tipo de hipossuficiência, inclusive, a anteriormente citado: econômica, de informação disponibilizada pelo fornecedor, e técnica. JUNQUEIRA, (2005, p 38).

Nesse sentido, o mesmo autor cita Fábio Konder Comparato, (2005, p 38). Leciona que a norma deve ser aplicada a todos. Vejamos:

[...] essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculado a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme,

igualmente aplicada a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.

Dessa forma, o fraco e o forte se igualam levando em consideração a desigualdade entre ambos, princípio da isonomia Constitucional artigo 5º "*caput*", para questionar em juízo o Direito do Consumidor, o que de outra forma seria impossível. Assim, o mais fraco tem amplas condições de responder ao insulto do maior, que nesse contexto é o furto do tempo útil do consumidor hipossuficiente.

Para equilibrar essa igualdade material é necessário a intervenção do Estado para garantir os direitos dos mais fracos. Proposição que nos remete à Revolução Francesa que trouxe a ideia de liberdade, igualdade e fraternidade.

A base dos Direito do Consumidor é a Constituição Federal e a parte da filosofia que cuida dos valores humanos (axiologia). Nesse contexto, o direito do consumidor evoluiu do Princípio do *Favor "debilis"* ao Princípio de proteção e liberdade do mais fraco, Princípio do *favor "Libertatis"* que também é aplicado sempre de forma desfavorável a quem determinou as cláusulas contratuais "*contra stipularem*".

Esse crescimento do Direito Privado trouxe grandes mudanças no decorrer da história, que até então, se preferia amparar o credor e o crédito, por este ter desprendido seu patrimônio em favor daquele. Mas ocorreu à grande evolução do Direito do Consumidor com o advento da CF/88, antes disso, o devedor de uma obrigação era considerado o próprio objeto da obrigação, de modo que, o devedor de uma obrigação era passível de ser escravizado juntamente com sua família, além de ser permitida, a hoje extinta, prisão civil em decorrência de dívida.

A evolução se deu no sentido de considerar o devedor como Sujeito de Direito, com autorização para permanecer livre apesar da obrigação, Princípio conhecido como favor "*Libertatis*". MARQUES, (2007.p.30-31).

Na sociedade moderna de consumo e capitalista, é impossível permanecer em vigor o instituto da prisão por dívidas. Em virtude, do grande número de transações comerciais necessariamente efetuadas. Se, o instituto estivesse em vigor, à economia estaria em constante declínio. Porquanto, se formaria uma cadeia de excluídos da sociedade, em razão da prisão civil, e como todas as relações comerciais são em escala, ter-se-ia então, o efeito conhecido como dominó que levaria a sociedade ao fracasso econômico.

Os ensinamentos de Dessaune (2011) corroboram com o atendimento ao consumidor baseado no princípio da isonomia. O doutrinador cita o artigo 28 "caput" e respectivos parágrafos do Código de Atendimento do Consumidor-CAC, em que o tratamento ao consumidor deve ser personalizado, baseado na Igualdade, boa-fé e respeito, não pode haver discriminação". Vejamos na íntegra o § 3º do mesmo diploma: "Igualdade consiste em tratar os consumidores essencialmente iguais de forma igual, e os essencialmente desiguais de forma desigual, isto é, buscar justiça para o caso concreto, o que diminuí a desigualdade naturalmente existente e não discrimina". Dessaune, (2012, p 355).

A vida humana se constitui tanto pelos bens materiais quanto morais. A Carta Magna atribui o valor moral, ao valor ético-social tanto da pessoa quanto familiar, artigo 221, IV CRFB. O mesmo diploma tornou indenizável o valor moral em caráter individual, conforme depreende o artigo 5º, V e X da CRFB.

Ademais, a moral individual está diretamente ligada a honra do ser humano, e sua falta reduz a pessoa insignificância, motivo pelo qual, o respeito a integridade moral toma o formato de direito fundamental desse modo, todos tem direito de não ter a vida privada turbada por terceiros.

Dessa feita, Para José Afonso da Silva, "a honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa", uma das referidas qualidades é o respeito ao cidadão. JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p.201, 209).

O desrespeito ao direito do cidadão gera dano. Nos dizeres do doutrinador Nunes, dano é o prejuízo sofrido por uma pessoa, conseqüentemente causado por outrem. Está diretamente ligado a subtração do patrimônio da pessoa prejudicada. Sendo que, patrimônio é tudo aquilo que se encontra no âmbito material ou moral do ser humano. NUNES, (2010, p. 125).

2.2 A TUTELA DO TEMPO COMO BEM JURIDICO

Nesse contexto poderíamos estar tranquilos, ter nossas demandas resolvidas em tempo hábil, todavia o que acontece é exatamente o contrário, passamos horas ou até mesmo dias na busca por soluções para problemas simples provenientes das relações de consumo.

A par de tudo que temos para “facilitar” a vida é um contra-senso passarmos horas nas filas dos bancos para descontar um cheque já que hoje a realidade da compensação dos cheques é outra, muito mais rápida, 24 ou 48 horas, um ato que não corresponde a legítima expectativa do consumidor do século XXI, quando um milésimo de segundo é uma eternidade GUGLINSKIN, (2012, n/p).

Ao adquirir uma prestação de serviço com problemas ou um produto com defeito o consumidor já sofre com a decepção de não ter aquilo que almejou e ainda tem que perde seu precioso tempo tentando solucionar problemas que ele não buscou, precioso tempo sim, haja vista tratar-se de um bem jurídico.

Por razões que ultrapassam o aceitável no tempo de espera para a solução de problemas relacionados à relação de consumo é que os tribunais têm se posicionado no sentido de que esse “tempo perdido” pode ser valorado, como se nota na seguinte decisão:

“[...] A visão eclesialística do tempo diz-nos que tudo tem o seu tempo determinado e há tempo para todo propósito debaixo do céu: há tempo de nascer e tempo de morrer; tempo de chorar e tempo de rir; tempo de abraçar e tempo de afastar-se; tempo de amar e tempo de aborrecer; tempo de guerra e tempo de paz. [...] A questão é de extrema gravidade e não se pode admiti-la, por retóricas de tolerância ou de condescendência, que sejam os transtornos do cotidiano que nos submetam a esse vilipêndio de tempo subtraído de vida, em face de uma sociedade tecnológica e massificada, impessoal e disforme, onde nela as pessoas possam perder a sua própria individualidade, consideradas que se tornem apenas em usuários numerados em bancos informatizados de dados [...]”. Apelação Cível 230521-7, julgada pela 4ª Câmara Cível do TJ-PE.

Nesse contexto se observa o quão valioso se tornou o tempo uma compreensão positiva para os consumidores haja vista quiçá somente a punição (em forma de pecúnia) daqueles que roubam o nosso tempo possa fazê-los entender o real valor de meia hora perdida para o consumidor que vive assoberbado tentando nessa correria diária tornar o seu tempo o mais proveitoso

possível. Afinal todos certamente concordarão que meia hora perdida a espera de um atendimento pode suprimir do consumidor o direito de almoçar com sua família, brincar com seu filho, descansar para a volta ao trabalho e tantas outras incontáveis coisas que se poderia fazer.

Ademais o exemplo de meia hora aqui utilizado é no mínimo modesto em face do montante de horas que desperdiçamos diariamente a espera na fila do banco, quando temos que nos desgastar por horas para a troca de um produto e por muitos outros inúmeros motivos, e o mais interessante é que no momento de se adquirir um bem hoje tem as maiores facilidades possível, assim sendo a máxima deveria e repetir quando dessa aquisição surgisse um problema a ser solucionado.

3.3 INDENIZAÇÃO SATISFATIVA E NÃO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Antes de passar ao exame da questão, de a indenização ser meramente satisfativa e não ocorrer o enriquecimento sem causa cabe conceituar o dano moral direto. Que é a lesão a interesse que pretende apagar um bem jurídico ideal ou extrapatrimonial inerente aos diretos da personalidade.

Deve se entender que o dinheiro da indenização não paga a dor sofrida, pois, não se estipula preço a sentimento. Porém, procura se compensar o bem tirado da pessoa lesada, diminuindo os efeitos da perda. Em momento algum se pretende aumentar o patrimônio do lesado, e nada impede que a moral tenha reparação pecuniária. Apesar de que, não há valor suficiente para esse tipo de reparação. DINIZ, (2010, p. 94, 95, 96, 97).

Nesse sentido, aquele que diminui o tempo da vida de outrem, roubando-o, deverá repará-lo. A Apelação Cível nº 230521-7-TJPE, trouxe nos fundamentos o entendimento de Bonaparte sobre a importância do tempo, como justificativa do dever de indenizar. Na apelação está descrito, que os ladrões dos bens mais preciosos "tempo" não recebem castigo.

Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz (2010), o dano moral não pode ser visto como enriquecimento sem causa. Não se repara dessa forma os bens do lesado, porquanto, o bem violado foi extrapatrimonial. Não pode haver confusão entre os dois institutos, do dano moral e o do dano material. Não há nesse sentido discussão sobre o aumento do patrimônio do lesado, sem que esse desembolse

valor, porque não existe ofensa ao patrimônio pecuniário das partes, e sim ofensa direta a um bem contido na personalidade.

O que existe é apenas reparação civil em razão do dano extrapatrimonial, sendo que, faz parte apenas ao patrimônio ideal do ser humano. O qual, jamais poderá ser desvalorizado. Entre eles estão os valores que regem o convívio harmônico social. Sobre a diferença entre enriquecimento sem causa e compensação moral pecuniária, Leciona a mesma autora.

“[...] Enriquecimento sem causa, pois o credor teria, com a reparação do dano moral, um aumento patrimonial, sem que antes tivesse tido nenhum desembolso. Entretanto, é bom lembrar que a ordem jurídica apenas os bens econômicos. Deveras, a inviolabilidade do domicílio, o bom nome, a honra, a vida, o decoro, a liberdade gozam de tutela jurídica, construindo assim um patrimônio ideal que se compõe de bens íntimos e subjetivos. **A reparação pecuniária não pretende refazer o patrimônio, visto que este, em certos casos, não sofreu nenhuma diminuição, mas dar ao lesado a compensação, que lhe é devida, pelo que sofreu, amenizando as agruras oriundas do dano não patrimonial [...]**”. (DINIZ, 2010 p.99). (Grifo nosso).

A jurisprudência é ampla no sentido de que o objetivo da pretensão é satisfativa. Veja o acórdão do TJPR:

TJ-PR - Inteiro Teor. 875162-2 (Acórdão) (TJPR). Data de publicação: 31/10/2012. Décima Terceira Câmara Cível. Relator: Juiz Fernando Wolff Filho, em substituição ao Des. Luiz Taro Oyama.

Decisão: nesse campo possui objetivo duplo: "satisfativo-punitivo". É que nas palavras do autor, "por um lado, a paga... em substituição ao Des. Luiz Taro Oyama. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.... ENTRE AS PARTES.

RELAÇÃO DE CONSUMO POR EQUIPARAÇÃO (ART. 29 DO CDC). RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 14.) (Grifo nosso).

O Relator fundamenta o voto, se valendo dos ensinamentos de Nunes, para lecionar que, o objetivo da indenização é satisfativa. Sendo que, o pagamento em moeda corrente servirá para proporcionar ao lesado além da satisfação, compensação para amenizar a dor e punição para infrator do Direito.

Esse é o caráter satisfativo da indenização, Diniz também leciona no mesmo sentido:

“A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, satisfação, pois possibilita ao ofendido algum prazer, que em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento”. DINIZ, (2009, p.110).

Dessa forma, a dor é amenizada em razão da alegria, o valor pecuniário é apenas meio para atrair certa alegria. Assim, se configura a indenização satisfativa e não há que se falar em enriquecimento sem causa.

Os juízes não devem arbitrar valores muito pequenos para servir de reparação civil, porque podem ter efeito contrário e servir de estímulo ao ofensor. Além de, nada satisfazer ao ofendido. DINIZ, (2009, p.108).

Assim, ao invés de ocorrer à compensação, com efeito, satisfativo e punitivo apenas ocorrerão à sensação de impunidade do ofensor.

2.3.1 A PERDA DO TEMPO ÚTIL E O DEVER DE INDENIZAR

As citações abaixo são uma forma de buscar demonstrar o quanto o tempo é valioso, e com o seu desperdício pode fazer a diferença na vida das pessoas, desde texto sagrado, a determinação da vida, os prazos processuais até a letra da música o tempo é colocado como algo imprescindível. Quando no texto sagrado cita que a “tempo de nascer e tempo de morrer”, daí já se pode ter uma ideia do quanto esse bem é irrenunciável.

Para tudo há uma ocasião, e um tempo para cada propósito debaixo do céu: tempo de nascer e tempo de morrer, tempo de plantar e tempo de arrancar o que se plantou, tempo de matar e tempo de curar, tempo de derrubar e tempo de construir, tempo de chorar e tempo de rir, tempo de prantear e tempo de dançar, tempo de espalhar pedras e tempo de ajuntá-las, tempo de abraçar e tempo de se conter, tempo de procurar e tempo de desistir, tempo de guardar e tempo de lançar fora, tempo de rasgar e tempo de costurar, tempo de calar e tempo de falar, tempo de amar e tempo de odiar, tempo de lutar e tempo de viver em paz. (ECLESIASTES 3:1-8).

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) José Antonio Dias Toffoli extinguiu a Ação Rescisória (AR) 40122 por ter sido ajuizada um dia depois do prazo limite em que seria possível à União propô-la. No mérito, era questionado acórdão (decisão colegiada) proferido no Recurso Extraordinário (RE) 169050/RS, no qual a Segunda Turma do Supremo reconheceu no Fim social as características de contribuição social para a seguridade. (NOTÍCIAS STF, 07 DE JULHO DE 2010).

O vento toca o meu rosto, me lembrando que o tempo vai com ele. Levando em suas asas os meus dias, desta vida passageira. Minhas certezas, meus conceitos, minhas virtudes, meus defeitos Nada pode detê-lo. O tempo se vai. Mas algo sempre guardarei. O teu amor, que um dia eu encontrei. [...]. (O Tempo, Compositor: JUNINHO AFRAM).

Cumprе ressaltar também que o direito deve valorar as coisas conforme a evolução, o anseio humano e a necessidade, nesse sentido fazem-se necessário um parêntese sobre a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale que defende que "todo fato (acontecimento, ação) possui um valor (aspecto axiológico) e para tal uma determinada norma jurídica", logo "fato valor e norma", ou seja, o fato já existe e resta demonstrado, haja vista o reconhecimento pelos tribunais da perda do tempo útil, o valor também, pois com o passar das épocas o tempo ganhou

conotações diferentes, faltando somente uma norma que o reconheça para assim dá segurança e proteção jurídica a quem tem usurpado esse direito.

Igualmente no decorrer dessa pesquisa em que muito se falou das regras e ciências que cercam a sociedade hodierna, suas limitações e angústias pelo desrespeito daqueles que detêm as técnicas produtivas e de serviços ou dominam por meio do poder econômico concentrado e suas mãos.

No modelo de sociedade atual, o mercado de trabalho exige cada vez mais criatividade de seus colaboradores e tem se notado que para um melhor rendimento esse colaborador necessita ter uma melhor qualidade do seu tempo livre. A teoria do Ôcio criada por De Masi, a qual já ganha espaço nas grandes empresas, como especificado no item 1.4, é essencial para se obter mais e melhores resultado, algo almejado pelo empregador e importante para a construção da sociedade atual e futura.

Considerando a grande massa consumerista a alta tecnologia a massificações dos aparelhos eletrônicos e a substituição das técnicas manuais e arcaicas pelas tecnologias de ponta, surge nesse momento uma indagação, pois a par de tantas “facilidades” se verifica constantemente algum tipo de abuso pelos fornecedores em face do consumidor.

A Ascensão da tecnologia deverá contribuir com a melhoria na comunicação entre pessoas, com a liberação dos recursos produtivos, conforme leciona Dessaune, (2012), e não, para prender o tempo dos consumidores em solver problemas causados pelos grupos fornecedores.

Os Tribunais têm reconhecido ainda de forma tímida o direito ao tempo livre, como objeto de reparação civil, caso seja usurpado, mas, a Constituição de forma implícita já garante o lapso temporal como fonte de direito desde sua criação. O mesmo pode ser verificado nas garantias constitucionais, tais como: Direitos sociais, Art. 6º, de tempo ao lazer, direito à vida (a mesma não pode ser desperdiçada, porque tempo é vida, conforme Vitor Guglinskin), a liberdade, o consumidor deverá ter liberdade para escolher como usar seu tempo produtivo DESSAUNE, (2012).

Encontramos também a tutela no artigo LXXVIII da CF, na declaração do direito a razoável duração do processo. Além de outros diplomas garantidores do lapso temporal como direito tutelado, exemplo no item 3.3.

A lei maior artigo 5º positiva que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Perante a normativa, não ha como deixar de garantir pelas vias judiciais o direito ao Ôcio do consumidor. Se ocorrer a não tutela legal do tempo, o fornecedor ficará impune e livre para esbulhar o tempo do consumidor, com isso, diminuir seu tempo de vida, do consumidor que o tempo passa rápido e não volta.

Ante as considerações mencionadas a justificativa da tutela da perda do tempo útil se torna perfeitamente possível, quiçá só o seu reconhecimento possa coibir os abusos que o consumidor sofre diariamente, fazendo com que fornecedores e prestadores de serviços sintam de fato que não ficarão impunes caso violem o tempo útil de *outrem*.

2.4 DEVER DE INDENIZAR NOS TRIBUNAIS

Com o advento da Constituição de 1988 e a progressão da informação, os brasileiros despertaram em relação a vários direitos tutelados pelo Estado, dentre eles esta o de ser ressarcido pelo dano moral sofrido.

Dispõe a norma civil, que quando alguém causar dano/prejuízo a outrem, ainda que na esfera moral, terá que reparar. (Código Civil Brasileiro, artigo 927). O vocábulo dano provém do Latim “*damnum*”, o efeito de *damnare*, ou seja, toda ofensa a um bem jurídico. EFING, (2005, p. 169).

O objeto da pesquisa apresentado abrange apenas dano moral, ou seja, tudo que está diretamente ligado ao íntimo, honra paz interior, alma, ao patrimônio ideal, do ser humano. O que não tem valor econômico atribuído, mas, que lhe cause dor, sofrimento, tanto físico como psicológico tudo que traz prejuízo à moral. NUNES, (2010, p. 126)

O dano moral ou psicológico nunca deve ser confundido com o resultado do evento danoso. Porque muitas vezes a lesão não é gerada pelo ato em si, mas,

pelo resultado do evento, que é o abalo emocional. Isso porque o ato danoso é diferente do resultado provocado por tal atitude.

Se o dano, não afeta de forma negativa ao patrimônio contábil, é classificado como dano moral. Esse aflige o ser humano em direitos. RUI STOCO, (2011, p. 1873).

O Código Doutrinário de Dessaune Código de Atendimento do Consumidor-CAC artigo 31, enumera as espécies de prejuízos ou danos que o fornecedor esta proibido de causar aos consumidores, se infringir deverá repará-los; quais sejam, dano ambiental, material, imaterial ou moral e desvio produtivo. A problemática do trabalho em comento recai sobre as duas últimas hipóteses possíveis de dano. As mesmas estão dispostas no artigo 31, III, do referido Código.

[...] desvio produtivo, caracterizado quando o consumidor, diante de uma situação de Mau atendimento, precisa desperdiçar o seu recurso produtivo limitado "tempo" e desviar as suas "competências" de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pela empresa, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável; [...]. (DESSAUNE2012, p 359).

A reparação em comento é arbitrada em pecúnia. O valor recebido pelo prejudicado será para reparar o dano causado, ou pelo menos, tentar amenizá-lo. Sendo que, o valor imposto ao causador, é de natureza pedagógica, afim, de impedir que o mesmo volte a praticar atos ofensivos aos semelhantes. NUNES, (2010, p. 126)

Pois bem, como já dito, em repressão ao agravo do dano moral provocado, surgiu o "*quantum*" indenizatório, justamente para amenizar, ou se possível, aproximar ao "*status aquo*" antes do abalo emocional sofrido pelo indivíduo. (NUNES; 2010, p. 126).

Importante destacar, que o dano moral e material pode ser cumulativo sobrevivendo do mesmo fato, súmula n.º 37 do Superior Tribunal de Justiça. (NUNES, 2010, p. 125). No CDC esta expresso, no artigo 6º, VI, a indenização por danos morais. O qual, já havia disposição no artigo 5º, X da Suprema Carta de 1988.

Além da visão normativa positivada no Código Civil Brasileiro, pontua o doutrinador Dessaune, (2012), que, com evolução da responsabilidade civil, surgiu novo modelo de investigação relacionado ao dano indenizável. Antes, a investigação tinha por base o ato ilícito, agora, a hipóteses de dano moral indenizável devem ser estendida ao dano injusto.

Nos dizeres de Dessaune, o dano é injusto, mesmo que advenha de conduta lícita. Desde que, afete aspecto fundamental da dignidade humana e lesiona a integridade psicofísica da pessoa, contraria normas constitucionais e infraconstitucionais, deverá ser indenizável. Ao aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana na teoria da responsabilidade civil, se determina o injusto dano gerado e sua quantificação. DESSAUNE, (2012, p. 69,70).

De maneira considerável, algumas Cortes Pátria, vêm adotando à tese da perda do tempo útil pela má prestação de serviços ao consumidor. O crescimento da nova modalidade de dano indenizável não deve ser confundido com banalização do dano moral. Mas, como reconhecimento da lesão temporal, que precisa ser barrada pelo ordenamento jurídico e sua proteção jamais poderão ser negados, por se confundir com a indústria do dano moral. Haja vista, serem direitos tutelados pela nossa legislação. MELO, (2013, p. 63).

O Portal âmbito jurídico publicou um artigo sobre perda do tempo útil do consumidor. Considerando o entendimento do juiz de Direito do TJPE, Luiz Mário Moutinho, que emitiu segundo o artigo o seguinte parecer sobre o assunto:

A sensação do tempo é algo que varia com o tempo. Veja o exemplo dos computadores. Temos um equipamento que têm um processador com certa velocidade, e depois compramos outra máquina mais rápida alguns milésimos de segundos, e logo achamos que o PC antigo é lento demais.

Da mesma forma as pessoas mais velhas viveram num tempo onde passavam horas nas filas dos bancos para descontar um cheque ou esperavam dias para que um cheque depositado fosse compensado.

Hoje a realidade da compensação dos cheques é outra, muito mais rápida, 24 ou 48 horas. Porém, permanecer horas na fila de um banco não corresponde à legítima expectativa do

consumidor do século XXI, quando um milésimo de segundo é uma eternidade.

O tempo é hoje um bem jurídico e só o seu titular pode dele dispor. "Quem injustificadamente se apropria deste bem, causa lesão que, dependendo das circunstâncias pode causar dano que vai além do simples aborrecimento do cotidiano, ou seja, dano moral. (GUGLINSKI, 2012, p. s/p).

Não há dúvida, que o tempo do consumidor é a própria vida, então, não poderá ser desperdiçado. Haja vista, a vida é um lapso temporal curto, considerando a média de vida humana de 70 (setenta anos), conforme artigo publicado pelo médico Dráuzio Varella. (Varella, 2014).

Na AC nº 230521-7, o Magistrado Luiz Mário, enfatiza que o tempo é um bem jurídico que não pode ser disposto, a não ser, pelo próprio titular. Também, enfoca no terceiro parágrafo de sua fala, a importância do tempo nessa relação, na qual, equipara um milésimo de segundos, à eternidade. Dessa forma, quando a má prestação de um serviço aflige a paz, tranquilidade e rouba parte do tempo considerado vida da pessoa, deverá reparar. Lembrado que, os direitos acima são inerentes à dignidade da pessoa humana. Nessa mesma linha, a 4ª Câmara Cível do TJPE julgou a apelação nº230521-7.

Condenando, o condenou o Banco do Brasil a pagar a uma consumidora o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização, por ter passado 3h56min na fila aguardando atendimento.

O Relator do processo Desembargador Eurico de Barros Correia, citou sabiamente os ensinamentos de Charles Darwin, Napoleão Bonaparte, e o escritor francês Victor Hugo, entre outros. Inclusive, traça considerações pessoais e eclesiais para fundamentar sua decisão enfocando sempre o valor do tempo e considerando sua subtração ato gravíssimo passível de reparação.

Vejamos na íntegra as citações usadas pelo Desembargador:

Citando de Charles Darwin ("o homem que tem a coragem de desperdiçar uma hora de seu tempo não descobriu o valor da vida") a Napoleão Bonaparte ("há ladrões que não se castigam, mas que nos roubam o bem mais precioso: o

tempo"), Jones Figueirêdo Alves dissertou sobre o vilipêndio do tempo, quando o tempo da vida das pessoas se torna refém de outro, muitas vezes de um outro institucionalmente não individualizado - apontando como questão de extrema gravidade a subtração do tempo por defeitos do serviço bancário. Apelação Cível nº 230521-7 – 4ª CÂMARA CÍVEL – TJPE

Continua a fundamentar o voto afirmando que a vida do homem é sutilmente roubada em forma de tempo perdido, na verdade usurpado. O tempo vai e não volta, a vida passa de forma silente, segundo Shakespeare passa como uma sombra. Nesse ínterim, concluímos que o precioso tempo da vida contemporânea vira refém de interesses de terceiros.

No quinto parágrafo do voto em comento, o julgador fala da sociedade, em que os mais ricos, compram as horas de vida dos mais pobres. Não há melhor forma para definir o objeto dessa pesquisa, a não ser utilizando a interpretação do Desembargador que menciona: “[...] uma sociedade onde os seres nela existentes viviam em função das horas disponíveis na sua contabilidade da vida, os mais ricos comprando as horas de vida dos mais pobres [...]”. Apelação Cível nº 230521-7 – 4ª CÂMARA CÍVEL – TJPE.

O voto foi parcialmente transcrito, por especificar de forma singular tanto o valor, quanto, importância da tutela legal do tempo. Do texto se extrai que o tempo é tão precioso, ao ponto de merecer tutela legal explícita, e que todos que o desrespeitar merece ser penalizado.

Mas ainda não temos essa cultura de respeito natural entre fornecedor e consumidor, sempre a parte hipossuficiente fica em desvantagem. O consumidor para ver seus direitos resguardados tem que contratar advogado e entrar nas longas filas do judiciário, o que gera além do dano moral, também dano material. Razão pela qual, o magistrado deve aplicar no caso concreto, o caráter pedagógico da pena, para desestimular futuras práticas abusivas e diminuir os prejuízos sofridos.

Ressalta-se, que o magistrado deverá impor um valor pecuniário suficiente à propiciar algum momento de distração ou bem estar. Se isso for capaz!. Porque para o lesado a melhor opção seria nunca ter sofrido o dano, por maior que seja o

valor da indenização. Sendo que, não há quantia capaz de corresponder economicamente de forma integral ao valor íntimo do bem lesado. DINIZ, (2010 p.97,98,99). Pré leciona Nehemias, que ocorrendo dano à pessoa, o responsável pela lesão ao direito terá que restabelecer tanto a ordem quanto o direito que foi rompido. NEHEMIAS, (2004, p.09).

Voltando aos ensinamentos da doutrinadora Maria Helena (2010), o dano moral jamais deve ser analisado com a ótica do enriquecimento sem causa, e também não pode ser confundido com tal instituto. Pois, não está em discussão o aumento do patrimônio do ofendido sem que esse desembolse valor, porque nesse caso, não existe ofensa ao patrimônio pecuniário, por nem uma das partes.

O que existe é apenas reparação civil por ter causado dano extra patrimonial ou ao patrimônio, sendo que, faz parte apenas ao patrimônio ideal do ser humano. O qual, jamais poderá ser desvalorizado. Entre eles estão os valores que regem o convívio harmônico social. Sobre a diferença entre enriquecimento sem causa e compensação moral pecuniária, Leciona a mesma autora.

“[...] Enriquecimento sem causa, pois o credor teria, com a reparação do dano moral, um aumento patrimonial, sem que antes tivesse tido nenhum desembolso. Entretanto, é bom lembrar que a ordem jurídica apenas os bens econômicos. Deveras, a inviolabilidade do domicílio, o bom nome, a honra, a vida, o decoro, a liberdade gozam de tutela jurídica, construindo assim um patrimônio ideal que se compõe de bens íntimos e subjetivos. **A reparação pecuniária não pretende refazer o patrimônio, visto que este, em certos casos, não sofreu nenhuma diminuição, mas dar ao lesado a compensação, que lhe é devida, pelo que sofreu, amenizando as agruras oriundas do dano não patrimonial [...]**”. (DINIZ, 2010 p.99).

Os Tribunais brasileiros vêm reconhecendo a necessidade de aplicar um “*quantun*” capaz de compensar a perda do tempo, embasando as decisões na teoria de Dessaune.

O Tribunal do Rio de Janeiro é assente nesse contexto, coleciona vários julgados nessa linha. A 27ª Câmara deu provimento ao recurso interposto pela

consumidora (Apelação Cível nº 2216384-69.2011.8.19.0021), o processo teve como relator o Des. Fernando Antônio de Almeida, foi considerado desvio produtivo do consumidor em razão da consumidora haver comprado aparelho celular com vício do produto.

Compulsando o acórdão, verifica-se que a página 172 (cento e setenta e dois), o desembargador afasta o mero aborrecimento e caracteriza dano moral, decorrente do lapso temporal, gasto pelo consumidor para ver solucionado o problema que a ré lhe causou, o relator, considerou esse interregno, como impacto negativo a vida do consumidor.

Além dessas, temos várias outras decisões que poderão ser encontradas no "sitio" do TJ-RJ. Como Apelação Cível 0019108-85.2011.8.19.0208, Apelação Cível 0460569-74.2012.8.19.0001.

A corte publicou o recente julgado que envolve a matéria. Observe:

TJ-RJ - APELACAO APL 00350920820128190004 RJ
0035092-08.2012.8.19.0004 (TJ-RJ). Data de publicação:
12/03/2014.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL ; DIREITO DO CONSUMIDOR ; AÇÃO SOB O RITO SUMÁRIO ; DEMORA NA FILA DO BANCO ; CONSUMIDOR QUE PERMANECEU ESPERANDO POR APROXIMADAMENTE UMA HORA E MEIA NA FILA DO BANCO SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO AUTURAL PARA CONDENAR O RÉU AO PAGAMENTO DE R\$ 3.110,00 DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - APELA A EMPRESA RÉ AFIRMANDO QUE SE O CONSUMIDOR FICOU NA FILA, FOI POR SUA ESCOLHA, JÁ QUE OFERECE TERMINAIS DE AUTO-ATENDIMENTO ; CONTINUA AFIRMANDO QUE NÃO HÁ PROVAS DE QUE O AUTOR FICOU REALMENTE NA FILA DO BANCO POR DUAS HORAS, POIS PODERIA TER PEGO A SENHA, SAÍDO DA FILA E RETORNADO MAIS TARDE ; POR FIM, ALEGA QUE A DEMORA NA FILA CONSTITUI MERO ABORRECIMENTO, O QUAL NÃO GERA DANO MORAL, NOS TERMOS DA SÚMULA 75 DO TJRJ ; NÃO

ACOLHIMENTO ; O RÉU NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR - RESTOU CARACTERIZADA A VIOLAÇÃO AO DEVER DE QUALIDADE ; **FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ; DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR** - SÃO INACEITÁVEIS AS ALEGAÇÕES DO APELANTE DE QUE O AUTOR PODERIA TER REALIZADO O PAGAMENTO DAS CONTAS POR TERMINAIS DE AUTOATENDIMENTO, UMA VEZ QUE CABE A ESTE OPTAR PELO MEIO QUE AVALIE MAIS CONVENIENTE, CABENDO, POR CONSEQUENTE, AO BANCO DISPONIBILIZAR UM SERVIÇO DE QUALIDADE, O QUE NÃO SE VERIFICOU - **DESSA FORMA, ENTENDE-SE QUE OS FATOS NARRADOS PELO CONSUMIDOR ULTRAPASSAM O MERO ABORRECIMENTO COTIDIANO, EM RAZÃO DE TER ESPERADO NA FILA DO BANCO POR QUASE 02 HORAS, PERDENDO TEMPO PRODUTIVO, ENSEJANDO O DEVER DE INDENIZAR. DESPROVIMENTO DO RECURSO.** (Grifo nosso).

O Colegiado considerou a tese do desvio produtivo em razão do consumidor ter passado 02 (duas) horas na fila de um banco. E também, por ter afastado hipótese de mero aborrecimento.

Antigamente o tempo gasto para resolver matéria de consumo era tratado pelos tribunais como mero aborrecimento simples, dissabor da vida moderna. Mas, os tribunais brasileiros estão evoluindo e aderindo a nova tese doutrinária que atribui responsabilidade civil, ao fornecedor que descumpre um dos princípios básicos do Código de Atendimento ao Cliente-CAC. Isto é liberar os recursos produtivos, para que o consumidor possa utilizá-lo como lhe aprouver.

Responsabilizando o fornecedor, pelo tempo em que o consumidor irá dispor para solver problemas criados pelo fornecedor. (artigo 1º, § 3º do CAC 2011. DESSAUNE (2012, p. 342).

A corte do Rio Grande do Sul julga nesse sentido há algum tempo, o acórdão abaixo foi publicado no ano de 2012.

TJ-RS - Recurso Cível 71003680824 RS (TJ-RS). Data de publicação: 16/07/2012. Ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. PRAZOS DE GARANTIA LEGAL E CONTRATUAL QUE SE SOMAM. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 50 DO CDC. PRECEDENTES DA TURMA. PRODUTO NÃO REPARADO NO PRAZO DO ARTIGO 18, § 1º, DO CDC. AGRAVAMENTO DA CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. **"DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR" PELO TEMPO DESPERDIÇADO. DANO EXTRA REM. DANOS MORAIS INDENIZÁVEIS. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO OU À RESTITUIÇÃO DO PREÇO. DANOS MORAIS. RECURSO PROVIDO.** (Recurso Cível Nº 71003680824, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerd, ...). (Grifo nosso).

Outros grandes colegiados jurisdicionais do país, como TJSP e TJPR, adotaram a nova tese do lapso temporal usurpado como dano moral indenizável. E não, como simples aborrecimento da vida moderna ou enriquecimento sem causa. A exemplo desses tribunais pode-se conferir os seguintes julgados Apelação Cível nº 0007852-15.2010.8.26.0038 julgada pela 5ª Câmara TJSP e Apelação Cível 1.094 389-0 TJPR.

Não é lícito que o consumidor perda tempo, ora escasso na sociedade da informação, para resolver problemas decorrentes dos bens concebidos, exatamente com o objetivo de lhe poupar tempo. Nesse contexto, não se fala em mero aborrecimento em decorrência de dano causado pelo fornecedor, mas, de dano moral configuração.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infere-se do estudo que a ideia de valor do tempo foi aos poucos sofrendo transformações que foram influenciadas pela evolução social, na época da sociedade artesanal os indivíduos não tinham a mesma pressa que tem hoje era uma época de trabalhos artesanais em pequena escala e não havia necessidade de grandes produções, mas aos poucos essa sociedade foi sendo modificada e juntamente com ela novas demandas foram surgindo sendo, por exemplo, a

necessidade do aumento da produção e esta exigia que se produzisse cada vez mais e melhor chegou então, a chamada sociedade da informação.

A partir desse novo modelo de sociedade o tempo passou a ser cada vez mais imprescindível, onde minutos deixam de ser algo de menor importância e passou a fazer toda a diferença no contexto produtivo e conseqüentemente na vida das pessoas que agora passaram a contabilizar e dividir o seu tempo com vistas à desenvolver as inúmeras solicitações da vida moderna.

Outra observação interessante no decorrer do estudo foi quanto ao conceito de tempo que apesar das considerações de alguns autores sobre o assunto nota-se não haver um conceito fechado do que seria o tempo, haja vista a relativização do que ele representa para cada pessoa em determinada época ou situação.

Entende-se também que acúmulo de tarefas, a busca por mais tempo e as exigências da vida moderna fizeram surgir para o tempo outras conotações com a questão do tempo livre e o direito ao ócio, que é direito que tem cada indivíduo de ter tempo para outras coisas que não seja o trabalho.

Entretanto a teoria tempo livre e o direito ao ócio não surgiu somente das questões ligadas à produção e trabalho na verdade o grande norteador dessa teoria são as relações de consumo que são tidas como as que mais levam a perda do tempo útil.

Nesse ínterim, verificam-se como os elementos da relação de consumo o consumidor, o fornecedor, os produtos e os serviços.

Nos apontamentos sobre dano moral e mero aborrecimento restou demonstrado que trata de dois institutos distintos em que o primeiro tem a garantia legal tutelada e o segundo é apenas um leve impasse entre o indivíduo e o fornecedor ou prestador de serviço, todavia não se trata de uma celeuma jurídica.

No que diz respeito ao dano moral como uma forma de punição o estudo mostra que os tribunais têm compreendido que a valoração do dano leva em conta o efeito pedagógico e punitivo, com o objetivo de satisfazer a pretensão da vítima e evitar a repetição de condutas que lesem o consumidor.

Da análise do tema em questão contata-se a necessidade de se tutelar o tempo como bem jurídico, restando comprovado a tutela implícita presente na Constituição Federal Brasileira, bem como em outros institutos legais infraconstitucionais.

O estudo também apontou que a indenização buscada em virtude da lesão da perda do tempo útil não é uma indenização que possa ser vista como algo que ensejará o enriquecimento sem causa, haja vista a pretensão alcançada se de caráter satisfativo.

Ao final da análise pode-se concluir que é justificável a tutela da perda do tempo útil tendo em vista a evolução social, a sua proteção no texto Constitucional e outros institutos legais e o direito do indivíduo de poder dispor do seu tempo útil da forma que melhor lhe convier e não perdê-lo compulsoriamente em virtude de problemas gerados a partir de relações consumeristas.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível. APL 00350920820128190004 TRJ.** Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300167827>>. Acesso em 09 de julho de 2018.

BRASIL, Tribunal de justiça Rio Grande do Sul. Apelação Cível 97113-56.2014.8.21.7000. Disponível em:

<<http://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em 09 de julho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078/1990.** Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 09 de julho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002.** Código Civil de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível 71003680824 RS (TJ-RS)**. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impressao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor** – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado. São Paulo: RT, 2012.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro** . vol 07 Responsabilidade Civil. São Paulo: 24ª ed, editora Saraiva, 2010.

EFING, Carlos Antonio, (coordenador) **Direito do Consumo**. Curitiba PR: 1ª ed, (2005,) editora Juruá, 1ª reimpressão 2008.

GUGLINSKIN, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil**: uma nova modalidade. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11782&revista_caderno=10>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

HAONAT, Ângela Issa, **O Direito Ambiental em face da qualidade de Vida**, Em Busca do Trânsito e do Transporte Sustentáveis, São Paulo-SP: 1ª ed, Editora RCS, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

STOCO, Rui, **Tratado e Responsabilidade Civil**. São Paulo: 8ª Ed. editora Revista dos Tribunais, 2011.

[1] Graduada em Direito pela UFT, pós-graduada em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela UFT e Grandes Transformações do Direito Processual pela UNISUL.

ANÁLISE HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO TRÁFICO DE DROGAS NO DIREITO BRASILEIRO

BRUNO PORANGABA RODRIGUES: Advogado.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO^[1]: O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise histórico-legislativa do tráfico de drogas no direito brasileiro, a fim de melhor compreender o seu contexto atual.

Palavras-chave: Análise histórico-legislativa. Tráfico de Drogas. Direito brasileiro.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, essencialmente, será utilizada a obra de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi relativa à Lei de Drogas^[2], bem como a dissertação de mestrado de Salo de Carvalho sobre a matéria^[3], em razão do didatismo com que abordam o tema, sem prejuízo da utilização de outras fontes bibliográficas.

É válido advertir ao leitor, ademais, que não se tem por pretensão esgotar as reflexões histórico-legislativas sobre o tráfico de drogas no direito brasileiro, o que seria inviável diante da proposta deste trabalho, assegurando-lhe, contudo, que os principais acontecimentos históricos serão adiante abordados.

Tecidas tais considerações, e sem mais delongas, passa-se à análise do tema em questão.

DESENVOLVIMENTO

Ainda nos primórdios da história legislativa brasileira, como bem destaca Vicente Greco Filho, especialmente através das Ordenações Filipinas, cuja entrada em vigor se deu em 1603, já se observava uma preocupação quanto aos entorpecentes, conforme previsão constante do Título LXXXIX, do Livro V^[4]^[5]. A pena, em tais casos, consistia na perda da fazenda e a degradação para a África.

Já o Código Criminal do Império do Brasil (1830) foi omissivo em relação à matéria de tóxicos, mas o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, dispôs sobre a polícia sanitária e a venda de substâncias medicinais e de medicamentos[6].

O advento do Código Penal de 1890, primeira codificação criminal após a chegada da forma republicana de governo, considerou crime “expor à venda ou ministrar substâncias previstas nos regulamentos sanitários”[7]. É pertinente, nesse ponto, realçar o posicionamento de Salo de Carvalho, no sentido de que a primeira disposição explícita em relação a entorpecentes tóxicas no país já consagrava norma penal em branco que seria complementada, em momento oportuno, pelos regulamentos sanitários vinculados à discricionariedade do poder executivo[8].

Sucedeu que, à semelhança da Europa, estava havendo no país o movimento da toxicomania, espalhado pelas principais capitais do Brasil, proliferando-se o consumo de ópio e de haxixe pela casta intelectual, incentivando a adoção de medidas legislativas que regulamentassem o uso e a comercialização de tais substâncias, disciplina que veio a se materializar com a chegada da Consolidação das Leis Penais de dezembro de 1932, no seu artigo 159[9].

Nesse contexto, sobrevém o Decreto n. 780, em abril de 1936, que, modificado pelo Decreto n. 2.953 de agosto de 1938, é considerado o primeiro grande impulso na luta contra a toxicomania no Brasil[10].

Todavia, é com o surgimento do Decreto-Lei n. 891, de novembro de 1938, elaborado segundo as disposições da Convenção de Genebra de 1936, que, representando o primeiro momento legislativo no que tange ao ingresso do país em modelo internacional de controle de entorpecentes, traz normas relativas à produção, tráfico e consumo, juntamente com relação de substâncias consideradas tóxicas e que, por isso, deveriam ser proibidas pelos países que ratificassem os termos da Convenção[11].

Após, em 1940, emerge o novo Código Penal, cujo tratamento às drogas esteve positivado no artigo 281, conforme se observa do seguinte registro[12]:

Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente.

Ao examinar o referido texto legal, Salo de Carvalho enfatiza que a permanência da norma penal em branco e a utilização do impreciso termo “de qualquer maneira” começam a delimitar a feição da técnica legislativa que será utilizada até os nossos dias, não só ao que se refere às leis de tóxicos, mas também a maior parte das legislações penais especiais[13]. Por meio dessa disposição normativa, reforça o autor, pretendeu-se “preservar o controle sobre o consumo e tráfico de substâncias entorpecentes ilícitas em estatuto codificado[14]”.

Não obstante, a partir de 1942, momento em que o Decreto-Lei n. 4.720 disciplina sobre o cultivo, e, especialmente, após 1964, quando a Lei n. 4.451 introduz ao tipo penal em referência a ação de plantar, passa a haver um processo de total descodificação do controle das drogas ilícitas, reproduzindo consequências drásticas para toda a estrutura legislativa em matéria criminal[15].

Com o passar dos anos, mas ainda durante a década de sessenta, percebe-se que “o consumo de drogas, principalmente drogas psicodélicas, como o LSD e a maconha, alcança amplitude generalizada e o controle torna-se extremamente difícil para as agências de poder dos Estados”[16]. Nessa conjuntura, os movimentos contestatórios passam a utilizar as drogas como instrumento de protesto, em sentido libertário, adquirindo caráter de manifestação política[17].

Surgem, em resposta à “onda libertária”, campanhas de “Lei e Ordem” – movimento político-criminal que tem por escopo o recrudescimento do sistema punitivo com a diminuição das garantias individuais –, que orientarão a produção legislativa norte-americana de combate às drogas e, conseqüentemente, a transnacionalização do controle sobre entorpecentes[18], sendo a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 reflexo imediato dessa realidade[19].

Nesse contexto, Vicente Greco Filho relembra que o Brasil editou, em 10 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei n. 159, por meio do qual se equiparou as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica aos entorpecentes para fins penais e de fiscalização e controle[20].

Mais à frente, o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia – SNFMF, adotando as listas de entorpecentes da referida Convenção Única sobre Estupefacientes, regulamentou, em 30 de janeiro de 1968, a extração, produção, fabricação, transformação, preparação, manipulação, purificação, fracionamento, embalagem, importação, exportação, armazenamento, expedição, compra, venda,

troca, oferta, cessão, prescrição e uso das substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, trazendo em anexo a tabela com o rol das substâncias[21]. Ainda nesse ano, o Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro, alterou a redação do artigo 281 do Código Penal[22], estabelecendo a mesma punição para o traficante e usuário, nos seguintes termos[23]:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vêzes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

[...]

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Não por outra razão, Salo de Carvalho registra que esta legislação vexatória tornou-se insuscetível de aplicação pelos tribunais, que acabavam por absolver réus primários e/ou dependentes, ao invés de aplicar-lhes “equilibradas condenações”[24].

Ainda segundo os ensinamentos do Professor da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), até então, vigorava a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o artigo 281 do Código Penal não abrangia os consumidores, haja vista que o seu parágrafo terceiro previa a punição do induzidor ou instigador, de tal sorte que, ao sancioná-los, estaria excluída a punição do usuário, uma vez que seria suficiente a regra geral do artigo 25 do Código Penal de 1940 para a configuração da coautoria[25]. Ocorreu, com isso, a descriminalização do uso, através da jurisprudência, gerando situações que suscitavam preocupações no âmbito da repressão[26].

Seguindo-se a evolução histórico-legislativa, lembra Vicente Greco Filho que, em 11 de agosto de 1969, o Decreto-Lei n. 753 complementou 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[27].

A superação do absurdo legislativo materializado no Decreto-Lei n. 385, como bem observa Salo de Carvalho, somente vem a ocorrer com o advento da Lei n. 5.726/71, que renova a redação do artigo 281 do Código Penal e modifica o seu rito processual, “representando real e coerente iniciativa na repressão aos estupefacientes, chegando a ser considerada exemplar em nível mundial”, muito embora o fato de não mais considerar o dependente como criminoso escondesse o viés ainda desumano da Lei, não diferenciando o usuário eventual (ou experimentador) do traficante[28]. Assim, o multirreferido artigo 281 passou a ter a seguinte redação[29]:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:
[...]

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

Mesmo considerando os avanços, Salo de Carvalho admite que esta legislação ainda mantém o discurso médico-jurídico existente na década anterior e seu notável reflexo de se referir ao usuário habitual como sendo dependente (estereótipo da dependência) e ao traficante como sendo delinquente (estereotipo criminoso)[30].

Diante da necessidade de se traçar novas estratégias político-criminais, Vicente Greco Filho salienta a chegada da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, a

qual revogou a Lei n. 5.726/76, exceto o artigo 22, que tratava do procedimento sumário de expulsão do estrangeiro que comete crime de tráfico de entorpecentes[31]-[32].

Mostra-se adequado, nesta ocasião, o esclarecimento de Salo de Carvalho, no sentido de que a Lei n. 6.368/76 não modificou bruscamente as figuras típicas encontradas nos estatutos anteriores (artigo 281 do Código Penal com a redação dada pela Lei n. 5726/71), diferenciando-se, contudo, em relação à “graduação das penas e à produção de novo modelo político-criminal, com novos estereótipos e nova legitimação repressiva”[33].

Nesse íterim, frisa Vicente Greco Filho que, sob a vigência desta Lei de Drogas, sobreveio a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual tratou do tráfico de entorpecentes como crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, além de admitir a extradição do brasileiro naturalizado, em caso de ter sido comprovada a sua participação no tráfico, independentemente de o crime ter sido antes ou depois da naturalização (art. 5º, XLIII e LI, respectivamente)[34].

Dois anos após a promulgação da Carta Cidadã, assim alcunhada por Ulysses Guimarães, sobreveio a Lei n. 8.072/90, que, dispondo sobre os crimes hediondos, proibiu a progressão de regime, a liberdade provisória e a concessão de anistia, graça ou indulto ao crime de tráfico, intensificando ainda mais o uso do sistema punitivo em seu combate[35].

Em 11 de janeiro de 2002, foi editada a Lei n. 10.409, que tinha por pretensão, enquanto projeto, substituir a Lei n. 6.368/76, integralmente, como destaca Vicente Greco Filho[36]. Contudo, em decorrência da péssima qualidade[37] da definição dos crimes, o Poder Executivo vetou por completo o Capítulo III, que versava sobre essa matéria, além do artigo 59 do projeto, que dispunha sobre a revogação da Lei n. 6.368/76, razão pela qual se entendia que esse diploma normativo continuou em vigor no que não fosse compatível com a nova Lei[38].

Em razão da necessidade de se ter uma nova legislação sobre as drogas, agravada pela inutilidade da maior parte da Lei n. 10.409/2002, o legislador se viu obrigado a atender aos anseios político-criminais, vindo a surgir a Lei n. 11.343/2006, vigente até os dias atuais.

Dentre as principais inovações da legislação moderna, como relembra Rhael Dantas, está a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), o estabelecimento de regras para coibir a produção não autorizada e o tráfico de drogas, além da diferenciação da cominação de penas em relação ao usuário (artigo 28) e traficante (artigo 33)^[39].

Além disso, a contemporânea legislação adotou o termo “drogas” em contraposição ao termo “substâncias entorpecentes”, por orientação da Organização Mundial da Saúde (OMS), conforme se verifica do texto a seguir transcrito^[40]^[41]:

Art. 1º. Esta Lei 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 e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

[...]

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998.

Igualmente, da leitura do texto legal acima, nota-se que a nova legislação sobre drogas permanece sendo norma penal em branco, atribuindo ao Poder Executivo o encargo de regulamentar as drogas desautorizadas, cuja complementação veio a ocorrer com vinda da Portaria n. 344/1998, editada pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

CONCLUSÃO

A atual legislação sobre drogas, Lei n. 11.343/2006, representou uma evolução histórico-legislativa sobre o tema, destacando-se a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), o estabelecimento de regras para coibir a produção não autorizada e o tráfico de drogas, a diferenciação da cominação de penas em relação ao usuário (artigo 28) e traficante (artigo 33), além da adoção do termo “drogas” em contraposição ao termo “substâncias entorpecentes”, por orientação da Organização Mundial da Saúde (OMS).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal de 1940. Disponível em: . Acesso em: 15 de maio de 2019.

_____. **Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Dispõe sobre o tráfico de drogas. Disponível em: . Acesso em: 15 de maio de 2019.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:(do discurso oficial as razões da descriminalização)**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UFSC. Florianópolis, 1996.

DANTAS, Rhael Vasconcelos. **Criminalização das drogas no Brasil: evolução legislativa, resultados e políticas alternativas**. Monografia (Monografia em Direito) – UnB, 2017.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. **Novas considerações sobre o momento do interrogatório na Lei nº 10.409/2002**. 2002. Disponível em: . Acesso em: 15/05/2019.

[1] O presente trabalho constitui um recorte, com modificações pontuais, da monografia do autor, cuja íntegra pode ser acessada pelo repositório institucional da Universidade Federal da Bahia, através do seguinte link: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28246>.

[2] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

[3] CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:(do discurso oficial as razões da descriminalização)**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UFSC. Florianópolis, 1996.

[4] “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso” e “nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem agua dele, nem escamonéa, nem opio, salvo se for boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio”.

[5] Op. cit., p. 12.

[6] Idem. Ibidem, p. 12.

[7] Idem. Ibidem, pp. 12-13.

[8] Op. cit., p. 25.

[9] Idem. Ibidem, p. 25.

[10] Idem. Ibidem, p. 25.

[11] Idem. Ibidem, pp. 25-26.

[12] BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal de 1940. Disponível em: . Acesso em: 15 de maio de 2019.

[13] Idem. Ibidem, p. 26.

[14] Idem. Ibidem, p. 26.

[15] Idem. Ibidem, pp. 26-27.

[16] Idem. Ibidem, p. 27.

[17] Idem. Ibidem, p. 27.

[18] A transnacionalização do controle sobre entorpecentes, de acordo com Salo de Carvalho, relaciona-se com a transnacionalização do controle social, segundo a qual implicaria a concepção do direito como Ciência universal, visando

a dirimir as fronteiras nacionais para o controle da criminalidade e manutenção da paz. Idem. Ibidem, p. 28.

[19] Idem. Ibidem, pp. 27-28.

[20] Op. cit., p. 14.

[21] Idem. Ibidem, p. 14.

[22] Idem. Ibidem, p. 14.

[23] Op. cit.

[24] Op. cit, p. 32.

[25] Idem. Ibidem, p. 31.

[26] Idem. Ibidem, p. 31-32.

[27] Op. cit., p. 14.

[28] Op. cit., p. 34.

[29] Op. cit.

[30] Op. cit., p. 35.

[31] Op. cit., p. 16.

[32] Para fins de conhecimento, confira-se: "Art. 22. O caput do artigo 81 do Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 81. Tratando-se de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica ou de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, a expulsão poderá ser feita mediante investigação sumária, que não poderá exceder o prazo de 5 (cinco) dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa".

[33] Op. cit., p. 37.

[34] Op. cit., p. 17.

[35] DANTAS, Rhael Vasconcelos. **Criminalização das drogas no Brasil: evolução legislativa, resultados e políticas alternativas**. Monografia (Monografia em Direito) – UnB, 2017.

[36] Op. cit., p. 17.

[37] A título de exemplo, confira-se o entendimento de Renato Marcão: “Impressiona por ter sido objeto de estudos pelo Poder Legislativo por mais de uma década e ter resultado em um “nada jurídico” (ou injurídico); impressiona pelo conjunto de equívocos e erros crassos que alberga (mandato de citação, p. ex.; cf. art. 38, caput); impressiona pelo conjunto de “regras perdidas”; pelo absurdo de certas disposições; pelos retalhos abandonados no universo jurídico após os vetos Presidenciais ao Projeto que ela deu origem”. MARCÃO, Renato. **Novas considerações sobre o momento do interrogatório na Lei nº 10.409/2002**. 2002. Disponível em: . Acesso em: 15/05/2019.

[38] Op. cit., p. 17.

[39] Op. cit., p. 22.

[40] Idem. Ibidem, p. 22.

[41] BRASIL. **Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Dispõe sobre o tráfico de drogas. Disponível em: . Acesso em: 15 de maio de 2019.

DA EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA ÀS CAIXAS DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS

PAULO HENRIQUE MARTINS MACHADO FILHO:
Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2018, alterou posicionamento anterior referente à impossibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca às Caixas de Assistência dos Advogados, órgão integrante da estrutura maior da Ordem dos Advogados do Brasil. A partir de então, a entidade passará a gozar de imunidade quanto à instituição de impostos sobre patrimônio, renda e serviços, disciplinada no art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República, a qual já era usufruída pela OAB. O presente artigo buscará analisar os principais argumentos que fundamentaram a mudança jurisprudencial pela Suprema Corte, detalhando o instituto da imunidade tributária recíproca e as principais particularidades atribuídas à Ordem dos Advogados do Brasil e às Caixas de Assistência dos Advogados que exigem a instituição de um regime jurídico diferenciado em relação aos demais conselhos de fiscalização profissional.

Palavras-chave: Imunidade recíproca. Ordem dos Advogados do Brasil. Caixas de Assistência dos Advogados. Supremo Tribunal Federal. Revisão jurisprudencial.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Imunidade Tributária Recíproca. 3. Imunidade Recíproca da Ordem dos Advogados do Brasil. 4. Extensão da Imunidade às Caixas de Assistência dos Advogados do Brasil: revisão jurisprudencial. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Ao instituir uma limitação à competência tributária atribuída a um dos entes políticos, a Constituição da República está conferindo uma imunidade. Assim, regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas, operações, objetos ou de outras demonstrações de riquezas, limitando o poder tributário estatal, são chamadas de imunidades tributárias^[1].

Dentre as espécies de imunidades tributárias, encontra-se, no art. 150, inciso VI, alínea "a", do Texto Constitucional, a denominada imunidade recíproca que proíbe a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de instituírem impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros.

O § 3º do mesmo dispositivo constitucional estende tal prerrogativa às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, incluído, entretanto, a necessidade de tais objetos encontrarem-se vinculados às finalidades essenciais, ou às dela decorrentes, da pessoa jurídica em questão.

Apesar de não figurar como uma entidade pertencente ao conceito tradicional de autarquia, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) foi alcançada pela imunidade recíproca, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 259.976-AgR).

Segundo a Corte Constitucional, a OAB desempenha função própria de Estado ao estar incumbida da defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, bem como pela seleção e controle disciplinar da classe dos advogados. Desse modo, também deve ser abarcada pela imunidade tributária recíproca típica dos entes políticos, disposta no art. 150, inciso VI, alínea "a", da Carta Magna.

Todavia, em um primeiro momento, a Suprema Corte não incluiu a Caixa de Assistência dos Advogados – entidade que, apesar de integrar a estrutura maior da OAB, possui personalidade jurídica própria – no rol de entidades protegidas pela imunidade recíproca (RE 233.843).

Em síntese, o Egrégio Tribunal entendeu que pelo fato de o referido ente não desenvolver as atividades consideradas essenciais à atuação da Ordem dos Advogados, mas sim voltadas unicamente ao benefício individual dos seus associados, não mereceria proteção de tal prerrogativa tributária constitucional.

Tal posicionamento, entretanto, foi superado, no ano 2018, em julgamento proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 405.267), decidindo-se pela extensão da imunidade tributária recíproca às Caixas de Assistência dos Advogados. Segue a ementa do referido julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA AFETADA PARA JULGAMENTO NO TRIBUNAL PLENO PELA SEGUNDA TURMA. ARTIGOS 11, I, PARÁGRAFO ÚNICO C/C 22, PARÁGRAFO ÚNICO, “B”, AMBOS DO RISTF. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS. 1. A questão referente à imunidade aplicável às entidades assistenciais (CF, 150, VI, “c”) é impassível de cognição na via do recurso extraordinário, quando não há apreciação pelas instâncias ordinárias, nem foram interpostos embargos declaratórios para fins de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. 2. É pacífico o entendimento de que a imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil é da espécie recíproca (CF, 150, VI, “a”), na medida em que a OAB desempenha atividade própria de Estado. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada. ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 29.09.2006. 4. Na esteira da jurisprudência do STF, considera-se que a Ordem dos Advogados possui finalidades institucionais e corporativas, além disso ambas devem receber o mesmo tratamento de direito público. 5. As Caixas de Assistências dos Advogados prestam serviço público delegado, possuem status jurídico de ente público e não exploram atividades econômicas em sentido estrito com intuito lucrativo. **6. A Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais encontra-se tutelada pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, do Texto Constitucional, tendo em vista a impossibilidade de se conceder tratamento tributário diferenciado a órgãos da OAB, de acordo com as finalidades que lhe são atribuídas por lei.** 7. Recurso extraordinário parcialmente conhecido a que se nega provimento[2]”.

Desse modo, o presente trabalho possui o intuito de compreender os principais argumentos utilizados pela Suprema Corte que contribuíram para esta importante mudança jurisprudencial, tendo em vista o arcabouço argumentativo que fundamenta a imunidade tributária recíproca e a extensão que vem sendo dada a este instituto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, além das particularidades inerentes à Ordem dos Advogados do Brasil que às difere das demais entidades de classe.

2. Imunidade Tributária Recíproca

Conforme dito anteriormente, a imunidade tributária recíproca constitui limitação constitucional ao poder de tributar, vedando aos entes políticos a cobrança de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. Trata-se de comando com *status* de cláusula pétrea, por configurar importante mandamento protetivo do pacto federativo, impedindo a sujeição de um ente federado ao poder de tributar dos demais (ADI 939)[3].

Destaque-se, ainda, a extensão da referida imunidade às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, referentes ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às dela decorrente. Assim, são imunes, por exemplo, o INSS, o Incra, os conselhos de fiscalização profissional e demais pessoas jurídicas de direito público, sejam federais, estaduais ou municipais[4].

Diferentemente da imunidade conferida aos entes políticos, tais entidades da Administração Indireta, nos precisos termos constitucionais, para gozar da referida prerrogativa, precisam manter seu patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes, restrição esta não aplicável à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Contudo, afirmar que os entes políticos conservam imunidade recíproca inclusive em relação a patrimônio, renda e serviços desvinculados de suas atividades essenciais não significa dizer que toda e qualquer atividade desenvolvida por essas entidades estará abarcada pela regra imunizante[5].

Nos termos do art. 150, § 3º, da Constituição da República, a imunidade se dá em função das atividades típicas dos entes políticos, de modo que não se aplica a eventuais atividades econômicas realizadas em regime de livre concorrência,

regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

Sabe-se que, em regra, a imunidade tributária não alcança as empresas estatais, tendo em vista que o § 2º do art. 173 da Carta Magna proíbe o gozo de privilégios fiscais não extensivos às pessoas jurídicas do setor privado. Além do mais, de acordo com a literalidade do art. 150, § 2º, do referido diploma, a regra imunizante abarcaria as autarquias e fundações públicas.

Entretanto, com fulcro no fundamento da não exploração de atividade econômica e do monopólio estatal da atividade, o Supremo Tribunal Federal tem estendido a imunidade recíproca às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos essenciais, em especial quando forem prestação obrigatória e exclusiva do Estado^[6].

Inclusive, a Suprema Corte sedimentou o entendimento que, sem prejuízo da necessidade de cumprimento de outros requisitos constitucionais e legais, a aplicabilidade da imunidade deve observar os seguintes aspectos: restringir-se à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado; não beneficiar atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares; e não ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do livre exercício de atividade profissional ou econômica lícita (ACO 1.460 AgR, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 7-10-2015, DJE 249 de 11-12-2015).

3. Imunidade Recíproca da Ordem dos Advogados do Brasil

Diferentemente dos demais conselhos de fiscalização profissional, a Ordem dos Advogados do Brasil não é considerada uma autarquia federal e, portanto, não integra a Administração Indireta.

Sabe-se que os conselhos de fiscalização profissional (a exemplo do CREA, CRM, COREN etc.) possuem a natureza jurídica de autarquias federais, devendo guardar consonância com as prerrogativas e restrições inerentes ao regime jurídico de direito público, conforme observa-se no seguinte julgado da Suprema Corte:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. **1. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores.** 2. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: EMENTA: REMESSA OFICIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. NÃO ADSTRIÇÃO À EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO, PREVISTA NO ART. 37, II, DA CF. PROVIMENTO. I – Os conselhos profissionais, não obstante possuírem natureza jurídica autárquica conferida por lei, estão, no campo doutrinário, classificados como autarquias corporativas, não integrando a Administração Pública, mas apenas com esta colaborando para o exercício da atividade de polícia das profissões. Conclusão em que se aponta por carecerem aqueles do exercício de atividade tipicamente estatal, o que lhe acarreta supervisão ministerial mitigada (art. 1º, Decreto-lei 968/69), e de serem mantidas sem percepção

de dotações inscritas no orçamento da União. II – Aos entes autárquicos corporativos não são aplicáveis o art. 37, II, da Lei Maior, encargo exclusivo das autarquias integrantes da estrutura administrativa do estado, únicas qualificáveis como longa manus deste. III – Remessa oficial provida. Pedido julgado improcedente. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento[7].”.

Logo, por força do disposto no art. 150, § 3º, do Texto Constitucional, a imunidade tributária recíproca estende-se aos conselhos de fiscalização profissional em face de sua natureza autárquica.

Entretanto, apesar de possuir dentre suas finalidades a fiscalização e o controle disciplinar da classe dos advogados, a OAB, no julgamento da ADI 3.026, foi considerada, pelo Supremo Tribunal Federal, uma entidade *sui generis*, encontrando-se fora da categoria das autarquias federais e, conseqüentemente, do rol dos entes integrantes da Administração Pública Indireta[8].

Decidiu a Suprema Corte pela caracterização da Ordem dos Advogados do Brasil como um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A entidade ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça. Não há, portanto, ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer outro órgão público.

A Ordem dos Advogados do Brasil constitui entidade autônoma, não podendo ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas sim ao exercício de função constitucionalmente privilegiada na medida em que desempenha papel indispensável à administração da Justiça. Logo, possui uma finalidade predominantemente institucional, fundamental para o funcionamento do Poder Judiciário, e não corporativa, como os demais conselhos profissionais.

Apesar de não possuir natureza autárquica e não figurar entre as entidades da Administração Pública Indireta, à Ordem dos Advogados do Brasil foi conferida a imunidade tributária recíproca nos termos do art. 150, inciso VI, alínea “a”, da

Constituição da República, em face de decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do AgR no RE 259.976.

Tendo em vista o desempenho de atividade tipicamente estatal, de defesa da Constituição da República, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, além da função de controle disciplinar dos advogados, a Suprema Corte entendeu por bem conferir à OAB a imunidade recíproca típica dos entes políticos, apesar da entidade não figurar no âmbito da Administração Pública Federal.

4. Extensão da Imunidade às Caixas de Assistência dos Advogados: revisão jurisprudencial

As Caixas de Assistência dos Advogados constituem órgãos integrantes da estrutura da OAB, contudo possuem personalidade jurídica própria, atuando ao lado dos Conselhos Seccionais dos estados que contarem com mais de mil e quinhentos inscritos (art. 45, § 4º, Estatuto da OAB). Possuem como função precípua a prestação de assistência aos inscritos no Conselho Seccional a qual estão vinculadas (art. 62, Estatuto da OAB), além da faculdade para a criação de uma seguridade complementar em benefício dos advogados.

No julgamento do RE 233.843, em 2009, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não aplicabilidade da imunidade tributária recíproca à Caixa de Assistência dos Advogados. A Egrégia Corte fundamentou que, apesar do ente integrar a estrutura maior da OAB, este não exerce as atividades inerentes à Ordem, isto é, a defesa da Constituição, da ordem jurídica, dos direitos humanos, da justiça social, além de também não lhe competir a promoção da representação, da defesa, da seleção e da disciplina dos advogados em território nacional^[9].

Ainda segundo o Supremo Tribunal, trata-se de entidade destinada a promover benefícios pecuniários e assistenciais aos seus associados, não caracterizando o desempenho de uma atividade tipicamente estatal. O simples fato da Caixa de Assistência dos Advogados integrar a estrutura da OAB – mesmo se tratando de pessoas jurídicas distintas – não implica na extensão da regra imunizante, dada a dissociação entre as atividades inerente à atuação da Ordem dos Advogados e as atividades providas em benefício individual dos associados.

Além do mais, seguindo a fundamentação do julgado, a concessão de benefícios assistenciais não é atividade que se revela instrumentalidade estatal indissociável do relevante papel atribuído à Ordem dos Advogados do Brasil. Excetuando-se a inserção na estrutura organizacional da OAB, as Caixas de Assistência dos Advogados em nada se diferenciam das demais entidades destinadas à concessão de benefícios assistenciais ou previdenciários a seus associados. Em face disso, não seria cabível a extensão da imunidade a este ente.

Contudo, no julgamento do RE 405.267, em setembro de 2018, o Supremo Tribunal Federal revisou seu posicionamento e passou a entender pela aplicabilidade da imunidade tributária recíproca, disposta no art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República, às Caixas de Assistência dos Advogados.

De acordo com o novo posicionamento da Suprema Corte, não se pode conceder tratamento tributário distinto a órgãos da OAB de acordo com as finalidades que lhe são atribuídas por lei. Além dos mais, foi destacado que as Caixas de Assistência dos Advogados prestam serviço público delegado, possuindo caráter jurídico de ente público e não desempenhando suas atividades com finalidade econômica ou intuito lucrativo.

Foi ressaltado que o órgão atua no provimento de assistência a advogados carentes, utilizando-se das anuidades pagas pelos associados para a consecução dos seus serviços sem qualquer finalidade lucrativa. Logo, refutou-se o argumento utilizado no julgamento do RE 233.843 de que o órgão não desempenharia função de instrumentalidade estatal, não podendo ser dissociada ao papel público atribuído à Ordem dos Advogados do Brasil.

Ainda em defesa da extensão da regra imunizante às Caixas de Assistência dos Advogados, o Egrégio Tribunal utilizou-se de lição apresentada pelo Professor Humberto Ávila que, com base na própria jurisprudência do Supremo, defende a aplicação da imunidade recíproca quando estiverem presentes os seguintes pressupostos: desempenho de serviço público delegado; a entidade que exerce o serviço ser – em virtude de lei – um poder público; o serviço for prestado por um ente público que não vise finalidade lucrativa^[10].

Logo, caracterizam requisitos que guardam consonância com a função desempenha pelas Caixas de Assistência dos Advogados que, como já ressaltado, integram uma entidade que desempenha típica função pública estatal.

Desse modo, não pareceria razoável aferir a viabilidade constitucional da extensão da imunidade recíproca a estes órgãos a partir de uma interpretação restritiva dos critérios de pertença orgânica e de persecução das finalidades fundamentais, tese que respaldou o antigo entendimento da Corte.

Diante disso, a partir de entendimento firmado em setembro de 2018, o Supremo Tribunal Federal conferiu às Caixas de Assistências dos Advogados a imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição da República, tendo em vista a impossibilidade de se conceder tratamento tributário diferenciado a órgãos da OAB, de acordo com as finalidades que lhe são atribuídas por lei.

5. Conclusão

O instituto da imunidade recíproca constitui importante fundamento de proteção do pacto federativo, pois, ao não se permitir a tributação de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios entre si, procura-se preservar a autonomia financeira e a igualdade entre os entes políticos. Impossibilita que um ente federado se utilize da tributação como forma de exercer pressão política sobre outro.

Tendo em vista a função pública tipicamente estatal desempenhada pela Ordem dos Advogados do Brasil, há jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal que estende a referida imunidade, prevista no art. 150, inciso VI, alínea "a", do Texto Constitucional, a esta entidade.

A OAB, em face do despenho de atividade institucional de defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e da justiça social, cuja previsão consta em texto constitucional e caracteriza função essencial à Justiça, também deve possuir a prerrogativa da imunidade recíproca, típica dos entes políticos, mesmo sem integrar a Administração Pública Federal.

As Caixas de Assistência dos Advogados, entretanto, apesar de constituírem órgãos integrantes da estrutura da OAB, não eram abarcadas pela referida regra imunizante, tendo em vista que, conforme entendimento firmado pelo STF em 2009, consistiriam em pessoas jurídicas distintas da Ordem, além de possuírem finalidade diversa voltada para o benefício de seus associados.

Tal entendimento foi retificado ao final do ano de 2018, em que a Suprema Corte decidiu que a atividade prestada pelas Caixas de Assistência dos Advogados também deveria receber tratamento de direito público, não sendo razoável o estabelecimento de tratamento tributário diferenciado a órgãos da própria OAB.

Portanto, passa-se a vigorar o posicionamento de que as Caixas de Assistência dos Advogados, prestadoras de serviço público delegado e integrantes de entidade com *status* jurídico de ente público, encontram-se tuteladas pela imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição da República.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.026-4/DF**, relator ministro Eros Grau, decisão de 08 de jun. de 2006, publicada no DJ de 29 set. 2006. Disponível em: . Acesso em: 28 maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 233.843/MG**, relator ministro Joaquim Barbosa, decisão de 01 de dez. de 2009, publicada no DJ de 18 dez. 2009. Disponível em: . Acesso em: 28 maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 405.267/MG**, relator ministro Edson Fachin, decisão de 06 de set. de 2018, publicada no DJ de 18 out. 2018. Disponível em: . Acesso em: 28 maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 539.224/CE**, relator ministro Luiz Fux, decisão de 22 de maio de 2012, publicada no DJ de 18 jun. 2012. Disponível em: . Acesso em: 28 maio de 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STF. Caixa de Assistência dos Advogados de MG não se beneficia de imunidade tributária conferida à OAB. **Supremo Tribunal Federal**, de 01 de dez. de 2009. Disponível em: . Acesso em: 27 de maio de 2019.

STF. Caixa de Assistência dos Advogados de MG tem imunidade tributária, decide Plenário. **Supremo Tribunal Federal**, de 06 de set. de 2018. Disponível em: . Acesso em: 27 de maio de 2019.

NOTAS:

[1] PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 113-114.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 405.267/MG**, relator ministro Edson Fachin, decisão de 06 de set. de 2018, publicada no DJ de 18 out. 2018. Disponível em: . Acesso em: 28 maio de 2019.

[3] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 213-214.

[4] PAULSEN, Leandro. **Op cit**, p. 113-114.

[5] ALEXANDRE, Ricardo. **Op cit**, p. 213-214.

[6] PAULSEN, Leandro. **Op cit**, p. 113-114.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 539.224/CE**, relator ministro Luiz Fux, decisão de 22 de maio de 2012, publicada no DJ de 18 jun. 2012. Disponível em: . Acesso em: 28 maio de 2019.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.026-4/DF**, relator ministro Eros Grau, decisão de 08 de jun. de 2006, publicada no DJ de 29 set. 2006. Disponível em: . Acesso em: 28 maio de 2019.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 233.843/MG**, relator ministro Joaquim Barbosa, decisão de 01 de dez. de 2009, publicada no DJ de 18 dez. 2009. Disponível em: . Acesso em: 28 maio de 2019.

[10] ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

LEI DA FICHA LIMPA: HISTÓRICO E O TRATAMENTO DAS INELEGIBILIDADES POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO E ABUSO DE PODER POLÍTICO

JOSE PINHEIRO FERNANDES JUNIOR:
Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade
Serra do Carmo.

JOSE EUSTÁQUIO DE MELO JUNIOR

(Orientador)

RESUMO: O presente estudo pretende apreciar o histórico da Lei Ficha Limpa e o novo tratamento dado às inelegibilidades com o advento da referida lei. Como foco de análise das inelegibilidades, este trabalho optou pelo estudo das inelegibilidades por abuso de poder econômico e abuso de poder político. Dentro dessa perspectiva, este estudo procurou tratar da aplicabilidade da lei abarcando os posicionamentos do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, expor as inovações trazidas com sua publicação, dentre elas as inelegibilidades por abuso de poder econômico e abuso de poder político. Em suma, busca-se trazer uma maior compreensão acerca da Lei da Ficha Limpa, na qual teve grande repercussão no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: inelegibilidade, inovações, abuso de poder.

ABSTRACT: The present study intends to appreciate the history of the "Ficha Limpa" Law and the new treatment given to the ineligibility with the advent of referred law. As a focus of analysis of the ineligibilities, this work opted for the study of the ineligibilities for abuse of economic power and abuse of political power. In this perspective, this study sought to deal with the applicability of the law encompassing the positions of the Superior Electoral Court and the Federal Supreme Court, exposing the innovations brought with its publication, among them the ineligibilities for abuse of economic power and abuse of political power. In short, it seeks to bring a greater understanding about the "Ficha Limpa" Law, in which it had great repercussion in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: ineligibility, innovations, abuse of power.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA FICHA LIMPA. 2.1. Breve histórico. 2.2. Aplicabilidade da Ficha Limpa nas Eleições de 2010. 2.2.1

Posicionamento do TSE. 2.2.2. Posicionamento do STF. 3. O NOVO TRATAMENTO DAS INELEGIBILIDADES. 3.1. O Princípio da Presunção de Inocência. 4. A INELEGIBILIDADE POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. 4.1. Conceito de Abuso Poder Econômico e Abuso de Poder Político. 4.2. Cassação do diploma. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é a análise da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) que trata de um acréscimo às condições de inelegibilidade listadas na Lei Complementar nº 64/1990, que, por sua vez, foi aprovada durante o mandato do então Presidente da República, Fernando Collor, como uma forma de regulamentar o artigo 14, § 9º da Constituição Federal.

O interesse por este tema partiu do pressuposto de que a lei por *iniciativa* popular teve sua normatização no ordenamento jurídico pátrio.

O objetivo deste artigo é expor de maneira clara as inovações trazidas por esse instrumento normativo para o processo eleitoral, que tem o intuito de proteger a coletividade, impedindo que pessoas notoriamente ameaçadoras da probidade da Administração Pública possam chegar ao comando político.

Procura-se analisar a lei complementar nº. 135/2010, constatando sua analogia com os princípios constitucionais da moralidade e suas consequências jurídicas sobre os agentes públicos.

Com base na descrição do tema, realizou-se uma abordagem com o uso da própria lei em questão, da Carta Magna, de princípios basilares do Direito Brasileiro, dos posicionamentos dos tribunais superiores e de renomada doutrina, tendo em vista demonstrar os reflexos das alterações feitas pela Lei Complementar nº 135/2010, na Lei Complementar nº 64/1990.

Quanto à estrutura, este trabalho está organizado em três capítulos. No capítulo I, é apresentado o contexto histórico, descrevendo como foi elaborada a Lei da Ficha Limpa, bem como sua aplicabilidade das eleições de 2010 e os posicionamentos do TSE e do STF.

No capítulo II, estão descritos os aspectos gerais das inovações trazidas pela Lei nº 135/2010, analisados também a aplicação dos princípios da presunção de inocência e da moralidade eleitoral.

Por fim, no último capítulo, é abordado o tema sob o prisma de pesquisa, que é a inelegibilidade por abuso de poder econômico e a inelegibilidade por abuso de poder político.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA FICHA LIMPA

2.1. Breve histórico

A iniciativa da lei da ficha limpa foi lançada em abril de 2008, pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), com o fito de melhorar o perfil dos candidatos e candidatas a cargos eletivos do país. Significou uma resposta à insatisfação pela atitude pouco republicana de muitos candidatos, cujas ações se notabilizavam pela afronta às leis (PINTO e PETERSEN, 2014).

Segundo dados do próprio site do MCCE, no dia 29 de setembro de 2009, ou seja, um ano e cinco meses após o início da campanha, foi entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, o Projeto de Lei juntamente com 1 milhão e 300 mil assinaturas de eleitores brasileiros; o que representa mais de um por cento do eleitorado nacional e cumprindo o exigido para propositura de lei por iniciativa popular conforme dispõe o artigo 61, § 2º, da Constituição Federal de 1988:

“A iniciativa popular pôde ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

O Projeto de Lei de Iniciativa Popular partiu do pressuposto da vida pregressa dos candidatos, com o objetivo de tornar mais rígidos os critérios de quem não pode se candidatar, ou seja, critérios de inelegibilidades.

Vale salientar que esse projeto de lei teve a participação de organizações não governamentais (ONG's), do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) e da Articulação Brasileira Contra a Corrupção e a Impunidade (ABRACCI), em todos os Estados da federação e no Distrito Federal.

Em 19 de maio de 2010, após algumas tentativas de protelar a votação, o Congresso Nacional cedeu à pressão popular existente, aprovando, com alterações, a Lei da Ficha Limpa. Em 07 de junho de 2010 a lei foi publicada no Diário Oficial, com a sanção presidencial. Não obstante, a referida lei foi objeto de ações de controle de constitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4578 no STF.

Assim, por meio da afirmação de um canal democrático, qual seja a iniciativa popular, a Lei da Ficha Limpa introduziu significantes alterações na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, mais conhecida como Lei das Inelegibilidades, constitucionalmente reconhecida no § 9º do artigo 14 da Constituição Federal de 1988, que prevê:

“Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

O panorama político brasileiro anterior à elaboração da Lei da Ficha Limpa se baseava basicamente na premissa de que o agente político, marcado pela prática de crimes, fossem eles de ordem política ou não, estariam “protegidos” pelo manto da imunidade parlamentar, podendo até mesmo se candidatar novamente.

Pela Lei da Ficha Limpa, o candidato que for condenado por abuso do poder econômico, doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha, além da cassação do registro ou do diploma, ficará inelegível para as eleições nos 8 (oito) anos seguintes. A pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral também ficam inelegíveis pelo mesmo prazo.

2.2. Aplicabilidade da Ficha Limpa nas Eleições de 2010

Publicada em 7 de junho de 2010, a Lei Complementar nº 135/2010 teve sua aplicação adiada por uma situação inusitada, vivenciada na Suprema Corte. Ocorreu empate no julgamento inicial do RE nº 633.703, com regime de repercussão geral, em que se alegava configurar violação do art. 16 da Constituição a aplicação da referida lei complementar nas eleições ocorridas no mesmo ano de sua publicação.

Aposentado, o ministro Eros Grau, conforme publicação no Diário Oficial no dia 2 de agosto de 2010, o STF era composto por apenas dez ministros.

De acordo com o artigo 97 da Constituição Federal a solução para o impasse seria: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

Entretanto, de forma surpreendente, proclamou-se "empatado", durante meses, um julgamento realizado no âmbito do Poder Judiciário, de grande relevância para a sociedade. O desempate só ocorreu em 23 de março de 2011, com a posse do ministro Luiz Fux, votando no RE 633.703, contra a aplicação da Lei Complementar 135 nas eleições de 2010, sob o fundamento de ofensa ao princípio da anualidade, consagrado na Constituição Federal (PINTO e PETERSEN, 2014).

A Constituição Federal traz o princípio da anualidade do processo eleitoral em seu artigo 16, incluído pela Emenda Constitucional de nº 4 (14.07.1993), ao dispor que a Lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra um ano da data de sua vigência.

A necessidade de incorporar o princípio da anualidade do processo eleitoral reside no fato de o direito eleitoral, no Brasil, sofrer constantes mudanças, ao sabor de interesses localizados e circunstanciais, de modo que a Emenda Constitucional de nº 4 (14.07.1993), modificou este panorama, exigindo prazo para que as leis eleitorais tivessem vigência.

O dispositivo constitucional trata da eficácia à nova legislação eleitoral, pois determina que a produção de seus efeitos se dê um ano após sua vigência (MORAES, 2006).

O referido princípio é posto em constante discussão no STF. Pode-se citar a situação em que foi ajuizada de ação direta de inconstitucionalidade em face da EC de nº. 58/2009, que permitiu o aumento do número de vereadores nas câmaras municipais, já com base nas eleições de 2008; ou seja, permitia a retroatividade para alcançar eleições anteriores, o que, em tese, feria o princípio da anualidade do processo eleitoral. Sobre o julgamento pode-se extrair a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58/2009. ALTERAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DOS LIMITES MÁXIMOS DAS CÂMARAS MUNICIPAIS. ART. 29, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RETROAÇÃO DE EFEITOS À ELEIÇÃO DE 2008 (ART. 3º, INC. I). POSSE DE VEREADORES. VEDADA APLICAÇÃO DA REGRA À ELEIÇÃO QUE OCORRA ATÉ UM ANO APÓS O INÍCIO DE SUA VIGÊNCIA: ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA, COM EFEITOS 'EX TUNC', PARA SUSTAR OS EFEITOS DO INCISO I DO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58, DE 23.9.2009, ATÉ O JULGAMENTO DE MÉRITO DA PRESENTE AÇÃO. 1. Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para questionar norma constante de Emenda Constitucional. Precedentes. 2. Norma que determina a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado afronta a garantia do pleno exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14 da Constituição) e o princípio da segurança jurídica. 3. Os eleitos pelos cidadãos foram diplomados pela justiça eleitoral até 18.12.2009 e tomaram posse em 2009. Posse de suplentes para legislatura em curso, em relação a eleição finda e acabada, descumpre o princípio democrático da soberania popular. 4. Impossibilidade de compatibilizar a posse do suplente não eleito pelo sufrágio secreto e universal: ato que caracteriza verdadeira nomeação e não eleição. O voto é instrumento da democracia construída pelo cidadão: impossibilidade de afronta a essa expressão da liberdade de manifestação. 5. A

aplicação da regra questionada importaria vereadores com mandatos diferentes o que afrontaria o processo político juridicamente perfeito. 6. Medida cautelar concedida referendada. (ADI 4307 DF, Julgamento: 02/08/1990 Publicação: DJe- 190 DIVULG 07/10/2009 PUBLIC 08/10/2009 Relatora: Min. Carmen Lúcia).

O artigo 16 da Constituição Federal prevê que a lei eleitoral entra em vigor de imediato, porém, quando for publicada em ano de pleito eleitoral, entrará em vigência somente para o pleito subsequente.

Por meio desse princípio, pode-se ainda observar o porquê da Lei da Ficha Limpa não ter adquirido eficácia nas eleições de outubro de 2010, já que sua imediata aplicação afrontaria a Constituição Federal, gerando riscos ao sistema eleitoral vigente. Mesmo que tenha boa intenção, uma norma de cunho eleitoral não pode ter privilégio para afrontar cláusulas pétreas.

2.2.1 Posicionamento do TSE

A relevância política e jurídica que envolve a aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa levou o Tribunal Superior Eleitoral – TSE a ser consultado em duas oportunidades. Em 10 de junho de 2010, a Consulta 1.120-26/DF, de relatoria do ministro Hamilton Carvalhido, e, em 17 de junho, a Consulta 1.147-09/DF, cujo relator foi o ministro Arnaldo Versiani.

O Plenário do TSE firmou o entendimento de que a Lei Complementar 135, de 2010, poderia ter aplicação imediata, pois não altera o processo eleitoral e, portanto, não violaria o princípio da anualidade eleitoral, consagrado no artigo 16 da Constituição Federal. Em seu voto, o relator, ministro Hamilton Carvalhido, destacou que as inovações trazidas pela Lei Complementar 135, de 2010, têm a natureza de norma eleitoral material e em nada se identificam com as do processo eleitoral (BRASIL, Informativo TSE, n.º 30, 2010). Portanto, a incidência imediata da nova lei não configuraria ofensa ao princípio constitucional da anualidade eleitoral.

Assim, para o ministro Carvalhido, o processo eleitoral não abarcaria, por mais amplo que seja o sentido que se dê a ele, todo o direito eleitoral, mas apenas os atos que estão diretamente ligados às eleições.

O eminente membro do TSE, ao comentar o conteúdo do art. 14, § 9º da Carta Política, teceu esclarecimentos concernentes a seu voto, na relatoria da Consulta 1.120-26/DF, para firmar sua posição no seguinte sentido:

Vida pregressa, no sistema de direito positivo vigente, abrange antecedentes sociais e penais, sendo, por isso mesmo, de consideração necessária à presunção de não culpabilidade insculpida no artigo 5º, inciso LVII, também da Constituição Federal, enquanto diz com o alcance da norma constante do artigo 14, § 9º da Lei Fundamental. A garantia da presunção de não culpabilidade protege, como direito fundamental, o universo de direitos do cidadão, e a norma do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal restringe o direito fundamental à elegibilidade, em obséquio da probidade administrativa para o exercício do mandato, em função da vida pregressa do candidato. A regra política visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade, impondo-se a ponderação de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade. Fê-lo o legislador, ao editar a Lei Complementar nº 135/2010, com o menor sacrifício possível da presunção de não culpabilidade, ao ponderar os valores protegidos, dando eficácia apenas aos antecedentes já consolidados em julgamento colegiado, sujeitando-os, ainda, à suspensão cautelar, quanto à inelegibilidade (BRASIL, Informativo TSE, n.º 30, 2010).

No entanto, tal compreensão, concernente à presunção de não culpabilidade, não encontra guarida no pensamento seguinte posicionamento doutrinário de Antônio Veloso Pelela Júnior (2010, p. 57):

Inadmissível, portanto, punição antecipada, sendo necessário o trânsito em julgado da condenação. Tal previsão, consagrada nos albores da redemocratização, representou

uma garantia ao recém-superado período militar, como uma resposta ao regime totalitário.

O juiz do TSE Arnaldo Versiani foi o seguinte a se pronunciar. Ele acompanhou o voto do relator, ministro Carvalhido, no sentido de dar aplicação imediata à ficha limpa, por entender não se tratar de diploma legislativo relativo ao processo eleitoral, mas de norma de conteúdo material, não alcançável pelo princípio da anualidade do artigo 16 da Carta de 1988.

A ministra do STF e membro do TSE, Cármen Lúcia Antunes Rocha, acompanhou o voto do ministro relator (PINTO e PETERSON, 2014).

A moralidade também foi realçada pela ministra Cármen Lúcia, ao compreender que a lei da ficha limpa advém de um fluxo ético-constitucional, que, neste caso, se romperia muito mais pelo não cumprimento da lei do que pela conclusão sobre o início imediato de sua aplicação. (BRASIL, Informativo TSE, n.º 30, 2010).

No que diz respeito à natureza jurídica da inelegibilidade, a juíza do TSE firmou seu entendimento da seguinte forma:

[...] inelegibilidade não é sanção. Tanto assim é que o cônjuge pode ser considerado inelegível e isso não é sanção. Não é possível, então, fazer qualquer tipo de imbricação entre o direito penal e o processo penal com o direito eleitoral. E neste caso, quando falamos no processo em caso de inelegibilidade, estamos tratando de condições específicas a serem deflagradas e demonstradas no momento do registro do candidato. (BRASIL, Informativo TSE, n.º 30, 2010).

No entanto, essas considerações da ministra Cármen Lúcia, alicerçadas no princípio da moralidade e no argumento de que a inelegibilidade não teria caráter sancionador, sofreram críticas de uma parte da doutrina pátria, exemplificada por Antônio Veloso Pelela Júnior (2010, p. 57):

Tal raciocínio é belo, sedutor e agrada à plateia porque propicia a seleção dos mais probos. Cremos, contudo, que valores tão caros à sociedade não podem ser relativizados por mais especial que seja a situação concreta, já que, tratando-

se de garantia fundamental, qualquer interpretação com o fito de “afastá-la em justa medida” configura-se perigoso precedente. [...] Não obstante ponderações de peso e a situação até certo ponto justificável, entendemos que os princípios da irretroatividade da lei mais grave, da presunção de inocência e da anualidade não podem ser relativizados no processo eleitoral.

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio não conheceu da consulta. Ele entendeu que qualquer pronunciamento do TSE poderia ter o condão de influenciar nas convenções partidárias em curso.

Em que pese sequer consignar seu voto na questão analisada no TSE, por não conhecer a consulta, o ministro Marco Aurélio deixou antever seu posterior posicionamento quando voltaria a se debruçar sobre o tema, no plenário do STF:

A cláusula vedadora é categórica: não se aplicando, desde que altere o processo eleitoral – e para mim, a mais não poder, a nova Lei, quanto à escolha e quanto ao deferimento de registro a candidatos, modifica o processo eleitoral –, à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. [...] que incide, na espécie, o disposto no artigo 16 da Constituição Federal e que, portanto, a recente Lei Complementar nº 135/2010 entrou em vigor imediatamente, como previsto na primeira parte do citado artigo, mas não alcança a eleição que se a vizinha, a de 2010, principalmente porque o processo eleitoral já está em pleno curso, tendo em vista a escolha dos candidatos. (BRASIL, Informativo TSE, n.º 30, 2010).

O quinto juiz do TSE a se pronunciar foi Aldir Passarinho Júnior, que também acompanhou o voto do ministro relator. O ministro frisou em seu voto magistral que os direitos e as condições do candidato somente podem ser aferidos de acordo com a legislação vigente ou presente em 5 de julho (BRASIL, Informativo TSE, n.º 30, 2010).

O sexto magistrado da cúpula da justiça eleitoral a se posicionar foi o ministro Marcelo Ribeiro, que votou nos termos do voto esposado pelo relator da consulta, o ministro Hamilton Carvalhido.

Por derradeiro, no âmbito eleitoral, se pronunciou o ministro Ricardo Lewandowski, presidente do TSE. Fez, em seu voto, considerações relativas à paridade de armas e ao princípio da isonomia entre os candidatos, concluindo pela aplicação imediata da lei da ficha limpa:

Na verdade, existiria rompimento da denominada “paridade de armas” caso a legislação eleitoral criasse mecanismos que importassem em um desequilíbrio na disputa, prestigiando determinada candidatura, partido político ou coligação em detrimento dos demais. Isso porque o processo eleitoral é integrado por normas que regulam as condições em que se trava o pleito, não se incluindo entre elas os critérios de definição daqueles que podem ou não apresentar candidaturas. (BRASIL, Informativo TSE, n.º 30, 2010).

Ou seja, o entendimento do ministro Lewandowski é de que a lei não trouxe inovações ao processo eleitoral que rompessem as regras atuais. Para ele, a ficha limpa criou um regramento, linear e isonômico, que leva em conta a vida pregressa dos candidatos, preservando a moralidade dos personagens ativos do processo eleitoral. Lewandowski asseverou que não há que se falar em ofensa ao princípio da anterioridade, pois, em suma, ele considera que:

[...] só se pode cogitar de afronta ao princípio da anterioridade quando ocorrer: i) o rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; ii) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; iii) a introdução de fator de perturbação do pleito, ou iv) a promoção de alteração motivada por propósito casuístico [...]. (BRASIL, Informativo TSE, n.º 30, 2010).

Quanto ao caráter punitivo da lei da ficha limpa, o ministro Lewandowski pontuou que as normas que alteram ou impõem inelegibilidades não têm caráter

penal, como também não configuram sequer sanção. São, para ele, tão somente, regras de proteção à coletividade, que estabelecem preceitos mínimos para o registro de candidaturas, tendo em mira a preservação dos valores republicanos.

Concluída a votação no âmbito do TSE, ficou assentado que as questões que tratam de inelegibilidade não podem ser inseridas no âmbito daquelas que alteram o processo eleitoral, pois estas últimas seriam as normas que tratam de votos, cédulas, urnas eletrônicas, organização das seções, do escrutínio, dentre outras.

Esse posicionamento adotado pelo plenário do TSE, pela aplicação imediata Lei Complementar 135, de 2010, provocou inquietudes e insatisfações no cenário político, uma vez que diversos candidatos às eleições de 2010 seriam alcançados pelas novas inelegibilidades previstas na nova norma (PINTO e PETERSEN, 2014).

A questão, como não poderia deixar de ser, como bem anteviu o ministro Marco Aurélio, chegou ao STF. Foram três recursos extraordinários intensamente debatidos pelos ministros da Suprema Corte pátria. Inicialmente, o órgão de cúpula do Poder Judiciário travou em um insólito empate por 5 votos a 5. Empate que chegou a ser considerado como manutenção da posição do TSE. Somente com a chegada do mais novo membro, Luiz Fux, o STF decidiu pela inaplicabilidade da lei da ficha limpa às eleições 2010.

2.2.2. Posicionamento do STF

O Supremo Tribunal Federal, no dia 23 de abril de 2011, julgou o recurso extraordinário do político Leonídio Bouças contra a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, a qual o impedia de assumir a vaga de deputado estadual na Assembléia Legislativa de Minas Gerais que ele havia conquistado nas eleições de 2010. Seus quarenta e dois mil votos foram então desconsiderados porque ele havia sido condenado pelo uso da máquina pública nas eleições de 2002 para ser eleito membro do legislativo mineiro e, portanto, o TSE entendeu que sobre ele recairiam já em 2010, os efeitos da lei complementar nº 135 de 04 de junho de 2010. (HAIDAR, 2011).

Os ministros julgaram em conjunto três ações. Duas pendentes à declaração de constitucionalidade da ficha limpa e a outra à inconstitucionalidade de um trecho da lei. O PPS e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) entraram com Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC). As entidades queriam que o Supremo

decidisse se a ficha limpa estava de acordo com a Constituição Federal ou não. O partido e a entidade eram favoráveis à aplicação da lei, mas queriam uma garantia definitiva de que ela seria respeitada.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) foi proposta em março de 2011, a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, questionando o dispositivo da Lei da Ficha Limpa que torna inelegível por oito anos quem for excluído do exercício da profissão, por decisão do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional.

Para a confederação, a alínea "m" do artigo 1º da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010, sofreria de "chapada inconstitucionalidade". Isso porque, para a entidade, os conselhos profissionais são órgãos de estrita fiscalização da atividade profissional, "motivo pelo qual as sanções que, eventualmente, são aplicadas a seus fiscalizados não podem desbordar de seu universo corporativo". Com esse argumento, a CNPL pede a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. (Acesso em 15/02/2019 <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional>).

Por um critério de desempate, os ministros decidiram no início do ano de 2010 que as novas regras de inelegibilidade haviam sido válidas para as eleições de 2010.

- a) **Ministro Luiz Fux, relator:** Fux considerou improcedente a ADI 4578, mas declarou a parcial constitucionalidade da norma, fazendo uma ressalva na qual apontou a desproporcionalidade na fixação do prazo de oito anos de inelegibilidade após o cumprimento da pena.
- b) **Joaquim Barbosa:** Ao julgar constitucional o dispositivo da Lei da Ficha Limpa questionado na ADI 4578, o ministro Joaquim Barbosa observou que, "se alguém está impedido de atuar na própria área de sua especialização, não há como admitir que possa cuidar da coisa pública".
- c) **Dias Toffoli:** O ministro Dias Toffoli baseou seu voto-vista no princípio da presunção de inocência, salientando que só pode ser considerado inelegível o cidadão que tiver condenação transitada em julgado (quando não cabe mais recurso).
- d) **Rosa Weber:** A ministra Rosa Weber votou pela total constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Ela afirmou que a norma detém o quarto lugar no ranking das leis de iniciativa popular que lograram aprovação no Brasil, fato

que, para a ministra, “evidencia o esforço hercúleo da população brasileira em trazer para a seara política uma norma de eminente caráter moralizador”.

- e) **Cármem Lúcia:** A ministra Cármem Lúcia, ao defender a constitucionalidade da lei, frisou que a democracia representativa demanda uma representação ética. Se não for ética, não é legítima. A ministra acompanhou o entendimento do relator pela improcedência da ADI 4578, e pela procedência parcial das ADCs 29 e 30, acompanhando o relator no ponto em que o ministro Fux considerou desproporcional a fixação do prazo de oito anos de inelegibilidade (previsto na alínea “e” do inciso I do artigo 1º da norma) após o cumprimento da pena, pois o lapso temporal deve ser descontado do período entre a condenação e o trânsito em julgado da sentença.
- f) **Ricardo Lewandowski:** Na última sessão de julgamento, o ministro Ricardo Lewandowski votou pela total constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.
- g) **Ayres Britto:** O ministro Ayres Britto manifestou-se favoravelmente à Lei Complementar 135/2010 e disse entender que a Constituição brasileira tinha mesmo que ser mais dura no combate à imoralidade e à improbidade.
- h) **Gilmar Mendes:** O ministro Gilmar Mendes acompanhou a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli, mas em maior extensão. Para ele, a lei não pode retroagir para alcançar candidatos que já perderam seus cargos eletivos (de governador, vice-governador, prefeito e vice-prefeito) por infringência a dispositivo da Constituição estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica dos municípios.
- i) **Marco Aurélio:** Ao votar, o ministro Marco Aurélio se manifestou de forma favorável à constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar 135. O ministro julgou totalmente procedente a ADC 30 e improcedente a ADI 4578. Já em relação à ADC 29 votou pela improcedência da ação, por entender que a lei não pode retroagir para alcançar atos e fatos jurídicos pretéritos a junho de 2010, em razão da segurança jurídica.
- j) **Celso de Mello:** O decano do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Celso de Mello, votou pela inconstitucionalidade da regra da Lei Complementar 135/10, a Lei da Ficha Limpa, que prevê a suspensão de direitos políticos sem decisão condenatória transitada em julgado. “Não admito possibilidade que decisão ainda recorrível possa gerar hipótese de inelegibilidade”, disse.

- k) **Cezar Peluso:** O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso, votou no sentido de que a Lei Complementar 135/2010, ao dispor sobre inelegibilidade, não pode alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência. Isso porque, para o presidente, a inelegibilidade seria, sim, uma restrição de direitos.

Com o voto do ministro presidente, o Supremo Tribunal Federal concluiu nessa quinta-feira (16/02/2012) a análise conjunta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578) que tratam da Lei Complementar 135/2010, a Lei da Ficha Limpa. Por maioria de votos (7 x 4), prevaleceu o entendimento em favor da constitucionalidade da lei, que poderia ser aplicada nas eleições daquele ano, alcançando atos e fatos ocorridos antes de sua vigência.

(Acesso em 15/02/2019 <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional>).

3. O NOVO TRATAMENTO DAS INELEGIBILIDADES

Para compreender bem a profundidade das inelegibilidades, é preciso ter presente a idéia de que ela procura asseverar uma proteção ao Estado para que esse cumpra com as suas finalidades essenciais de produzir as leis e realizar o bem comum (PINTO e PETERSEN, 2014).

“Na verdade, aqueles que terão por missão conduzir o destino do Estado, interferindo de forma muito marcante na vida dos cidadãos, não podem representar ameaça à harmonia social e aos objetivos de prosperidade, igualdade e justiça almejados pelos residentes no seu território (PINTO e PETERSEN, 2014) ”.

A inelegibilidade, assim, é um instrumento de enorme utilidade para a proteção da sociedade, impedindo que pessoas notoriamente ameaçadoras da probidade na Administração pública possam chegar ao comando do poder político.

3.1. O Princípio da Presunção de Inocência

Com a Lei da Ficha Limpa, o princípio da presunção de inocência foi ressituido num patamar mais compatível com a racionalidade. Passaram a ser considerados inelegíveis não apenas os condenados em decisão penal transitada em julgado, como igualmente aqueles que vierem a sofrer condenação por órgão judicial colegiado (PINTO e PETERSEN, 2014).

Caso, no entanto, a condenação se dê por outros crimes, não previstos nessa lista, o eleitor terá apenas seus direitos políticos suspensos enquanto durarem os efeitos da condenação, de acordo com o previsto no artigo 15, III da Constituição Federal (FILHO, 2012).

4. A INELEGIBILIDADE POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO

Entre as condutas ilícitas praticadas nas campanhas eleitorais e que conduzem à inelegibilidade do candidato por oito anos, conforme a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), estão o abuso do poder econômico e o abuso do poder político.

Assim como é exigido nos casos de abuso do poder político, na hipótese de abuso do poder econômico também devem ser produzidas provas da prática ilegal e deve ser pesada a gravidade das circunstâncias que a caracterizam.

4.1. Conceito de Abuso Poder Econômico e Abuso de Poder Político

A expressão abuso de poder, na linguagem jurídica, é usada para expressar o mau uso ou a utilização indevida da Administração Pública para favorecimento pessoal de candidatura. No caso de abuso de poder político ou econômico, praticado para influenciar o resultado das eleições, tem-se uma conduta indecente, que macula e torna ilegítima a representação política de quem dela lançou mão, pois ludibria a boa-fé do eleitorado, desvirtuando, assim, a vontade popular, além de expor o perfil indesejável do candidato que se beneficiou da ilicitude (PINTO e PETERSEN, 2014).

- a) **Abuso de Poder Econômico:** O abuso do poder econômico em matéria eleitoral se refere à utilização excessiva, antes ou durante a campanha eleitoral, de recursos materiais ou humanos que representem valor econômico, buscando beneficiar candidato, partido ou coligação, afetando assim, a normalidade e a legitimidade das eleições (AgRgREspe nº25.906, de 9.8.2007 e AgRgREsp nº 25.652, de 31.10.2006).
- b) **Abuso de Poder Político:** Abuso do poder político ocorre nas situações em que o detentor do poder vale-se de sua posição para agir de modo a influenciar o eleitor, em detrimento da liberdade de voto. Caracteriza-se, dessa forma, como ato de autoridade exercido em detrimento do voto.

4.2. Cassação do diploma

Antes da vigência da Lei Complementar nº 135/2010, a inelegibilidade motivada pela prática do abuso do poder econômico ou político era de apenas três anos. Inúmeros processos foram extintos, sob o argumento da perda do objeto, porquanto não concluídos antes de três anos da data do pleito ao qual relacionada a prática do ilícito.

CONCLUSÃO

Sabe-se que de fato que lei alguma tem o condão de tornar honestos os desonestos, nem de transformar os ímprobos em homens probos. No entanto, o que se pode perceber após esta reflexão sobre a Lei da Ficha Limpa é que o brasileiro está, aos poucos, aperfeiçoando sua capacidade de indignar-se em face das mazelas do cenário político-eleitoral.

A sociedade civil, através da internet, mobilizou-se de um modo implacável na elaboração da “Lei da Ficha Limpa” (LC 135/10). A participação direta dos cidadãos na conformação da ordem jurídica é um fenômeno que tende a ganhar espaço no dia-a-dia e incita uma reflexão a respeito da legitimação da Corte Constitucional para o controle da deliberação democrática.

A referida lei foi editada, com a intenção de uma reforma política, além de objetivar a retirada dos políticos corruptos da Administração Pública, ou seja, renovar a política nacional, trazendo novas faces e idéias, a fim de, acentuar o desenvolvimento do país.

Daí a importância do aperfeiçoamento dos institutos eleitorais a fim de coibir as práticas espúrias que contaminam o sistema eleitoral.

Ante o exposto, concluímos que a Lei da Ficha Limpa é um grande acontecimento, momento em que o cenário político brasileiro começa a ser reformado, vitória de uma sociedade mais participante, consciente e fiscalizadora. O TSE e os TRE's de todo Brasil têm aplicado de forma rígida e eficaz, na maioria dos casos, a nova lei. O reflexo positivo foi imediato na formulação das chapas para as eleições de 2012 e o caráter educacional terá efeitos em poucos anos, sem contar a valorização do voto do eleitorado, pela exigência de ética e moralidade no trato da gestão administrativa quando no exercício de algum cargo público.

REFERÊNCIAS

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

FILHO, José Domingues. Ficha Limpa: uma condição de elegibilidade. Campo Grande: Contemplar, 2012.

GLOSSÁRIO ELEITORAL DO TSE. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-informativo-tse-no-35-ano-14>>. Acesso em: 20. set. 2018.

HIDAR, Rodrigo. Lei da Ficha Limpa só pode ser aplicada em 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-23/lei-ficha-limpa-aplicada-eleicoes-2012>> Acesso em: 14. out. 2018.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

PANNUNZIO, Antonio Carlos. Os critérios da ficha limpa. Em Consulex Revista Jurídica. Abril de 2010.

PELELA JÚNIOR, Antônio Veloso. A LC 135 e a restrição à capacidade eleitoral passiva. Em Consulex Revista Jurídica, 2010.

PINTO, Djalma; PETERSEN, Elke Braid. Comentários à Ficha Limpa. São Paulo: Atlas, 2014.

OCORRÊNCIA DOS CRIMES DE ESTELIONATO NO ÂMBITO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO BRASILEIRO

LYSLE LUISE BORGES PIRES:

Estudante, Cursando 9º período de Direito na Faculdade Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA

(Orientador)

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo compreender até que ponto a legislação consumerista trata das violações dos direitos do consumidor nas transações feitas *no e-commerce*, em especial no que se refere ao crime de estelionato, e dialogar com legislações específicas para o meio digital. A metodologia utilizada foi o método teórico-dogmático, bem como abordado estudo de doutrinadores, jurisprudências que entendem a necessidade de uma legislação específica para os crimes estelionato no *e-commerce*. Para alcance dos objetivos, o procedimento de pesquisa utilizado foi o bibliográfico por meio de artigos científicos, revisão bibliográfica, jurisprudências e demais materiais para se alcançar o êxito. A abordagem adotada foi natureza qualitativa, alcançando uma compreensão das razões e motivações que faz com que os crimes de estelionato no *e-commerce* sejam tão frequentes no Brasil. A falta da legislação específica sobre delito virtual cria um ambiente favorável para seu crescimento, assim ajudando no surgimento de novas vítimas dessa modalidade de estelionato. É necessário que se foque mais nessa área que até então nunca recebeu seu adequado cuidado, assim chegando à situação atual, onde os violadores pensam que nunca serão punidos, por terem a impressão de que a internet é um mundo sem lei. Ao final deste trabalho, questiona-se se as atuais legislações que tratam da proteção do consumidor e do comércio eletrônico são capazes de proteger o consumidor nas relações de comércio eletrônico.

Palavras-chave: Comércio eletrônico; *e-commerce*; estelionato.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O Delito Do Estelionato 2.1 A Prática Do Estelionato Na Internet 2.2 Aplicabilidade Penal 3. Breve Histórico Do Surgimento Da Internet 3.1 Crimes Praticados Na Internet 3.2 O Comércio Eletrônico 3.3 Evolução Do

Comércio Eletrônico 3.4 A Proteção Do Consumidor E Aplicação Das Normas Do Código De Defesa Do Consumidor No Comércio Eletrônico Brasileiro 3.5 Publicidade Enganosa 3.6 Legislação Aplicada: O Marco Civil Da Internet 3.7 Necessidade De Readequação Do Código Do Consumidor Ao Comércio Eletrônico 4. Considerações Finais 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos têm sido crescentes, trazendo novas formas de realizar tarefas, trabalhar, estudar, e se comunicar. Tendo em vista a necessidade de expandir informações de maneira eficiente e rápida, surgiu a internet como um instrumento necessário para este fim. Através de aparelhos que facilmente uniam a comunicação com o processamento de informações, esse intuito foi atingido. Por outro lado, cresceu também a insegurança frente à violência em diversas áreas.

Com o desenvolvimento quase que descontrolado no que se refere à área tecnológica, que envolve o ramo da internet de forma genérica, alguns tipos delituosos virtuais difíceis de serem punidos foram surgindo e crescendo na mesma proporção, alastrando-se por todas as direções, e tornando-se verdadeiras armadilhas aos desavisados que utilizam a rede mundial de computadores para realizar suas transações bancárias, efetuar compras, ou simplesmente checar sua caixa de e-mails.

O direito é a sombra do desenvolvimento da sociedade e com as mudanças paradigmáticas que estão acontecendo na pós-modernidade, muito se deve a globalização e a propagação dos meios virtuais. Com isso, conforme a sociedade evolui, o direito vai se adaptando às exigências da mesma, assim novas normas são desenvolvidas para se regular a convivência. Em pleno século XXI, com o avanço da tecnologia, pode-se ver que o ambiente virtual tem sido palco de inúmeras condutas danosas e, com sua introdução no dia a dia das pessoas, se faz necessário ao direito regular essas relações que passaram a existir. Com isso, o controle dessas condutas tem sido tema de discussões dentro do Direito, residindo aí as principais discordâncias na necessidade de uma legislação específica quanto às dificuldades de resposta do Estado.

Dentre os inúmeros crimes virtuais que emergem cotidianamente, um deles merece atenção especial, pois sua técnica vem aumentando com força avassaladora, vitimando e lesionando milhares de pessoas. É o caso do estelionato praticado por intermédio da internet, objeto principal deste trabalho, onde a identificação de seus autores e sua punição ainda é algo que foge do controle da legislação atual, tendo em vista não existir até o momento lei específica tipificando de forma direcionada o delito em tela.

O crime de estelionato sempre existiu, desde as épocas mais remotas, e é inserido pelo Código Penal no título referente aos crimes contra o patrimônio, onde o estelionatário obtém para si ou para outrem vantagem ilícita, aliciando ou mantendo alguém ao erro. Em linhas gerais, pode-se afirmar que o estelionato virtual, no âmbito do comércio eletrônico, é caracterizado pelo emprego de meios eletrônicos fraudulentos que, de alguma forma, impulsionam o usuário a pensar que a proposta recebida é de fonte segura e idônea, o que, de fato, não ocorre.

A falta da legislação específica sobre delito virtual cria um ambiente favorável para seu crescimento, ajudando no surgimento de novas vítimas dessa modalidade de estelionato. É necessário que se foque mais nessa área que até então nunca recebeu seu adequado cuidado, chegando assim à situação atual, onde os violadores pensam que nunca serão punidos, por terem a impressão de que a internet é um mundo sem lei.

O comércio eletrônico, com intenções de aplicações inovadoras e revolucionárias, é tido como uma das tendências emergentes com maior poder potencial de inovação nos processos de negócios nos vários setores econômicos. Com a expansão do comércio incorporado na internet surgiram vários sistemas de venda on-line, além de sites de leilões virtuais.

Ocorre que, em decorrência da crescente utilização do mercado eletrônico, se tornou muito mais crítico os aspectos de segurança para os que adquirem produtos através desse sistema, sem deixar de mencionar que a privacidade de informações destas pessoas está cada vez mais exposta. A partir do momento em que o consumidor adquire o produto pela a internet, pode estar exposto a vários riscos, golpes e fraudes.

Como por exemplos: o comprador ao pedir a mercadoria pelo website de vendas pode recebê-la danificada ao chegar a sua residência; bem como a maneira de como está descrito determinado produto em certa página da internet e ao chegar para o consumidor está completamente diferente da descrição na qual foi colocada no site; do mesmo modo que o cliente ao comprar pelo o produto não o recebe. Ordinariamente quando isso ocorre, o comprador busca respostas por aquele que forneceu o objeto, porém não há nenhum retorno da parte. Nominando assim o dono do patrimônio que foi atingido como vítima, e a pessoa na qual gerou a situação como criminoso.

O que o consumidor deve fazer quando isso ocorre? Que punição se dará para aquele que ocasionou 'o dano'? Ocorre que as leis aplicadas ao comércio físico não resolvem plenamente, ou não o fazem de forma satisfatória contra os delitos no comércio eletrônico. O Marco Regulatório da Internet (Lei nº 12.965/14) garante a defesa do consumidor e as pessoas nas quais ocasionaram o evento denominado de criminosas não são punidas por não haver uma legislação específica para os conflitos oriundos desta forma de contratação.

Seguindo essa linha de raciocínio, formulou-se a seguinte questão de pesquisa: Até que ponto a legislação consumerista trata das violações dos direitos do consumidor nas transações feitas no *e-commerce*, em especial no que se refere ao crime de estelionato?

Desta forma, o objetivo deste artigo é, de maneira geral, compreender até que ponto a legislação consumerista trata das violações dos direitos do consumidor nas transações feitas no *e-commerce*, em especial no que se refere ao crime de estelionato, dialogando com legislações específicas para o meio digital. Ainda, busca revisar os principais instrumentos de proteção ao consumidor previsto na legislação brasileira; conceituar o crime de estelionato na legislação brasileira; e comparar o entendimento sobre a configuração do crime de estelionato no comércio eletrônico brasileiro e nas transações comuns.

O interesse desse tema se deu através de diversas notícias que dizem respeito aos golpes cometidos no *e-commerce*, que teve mais ênfase e uma frequência muito grande nos dias atuais na rede social *Instagram*. Em um caso específico aconteceu que, homens e mulheres digitais influencers, receberam o produto de determinado "site" e em troca divulgava-o em sua rede social,

influenciando várias pessoas a comprarem smartphones e iphones nesta página da internet. Logo as pessoas passaram a comprar no website indicado, pagavam e não recebiam pelo o seu produto, o que gerou certo desconforto para a população.

Essa pesquisa é de extrema relevância para a sociedade, visando uma legislação específica capaz de amparar os consumidores em um crime que está se tornando cada vez mais comum no Brasil, fazendo com que o número de vítimas dos crimes de estelionato no comércio eletrônico seja abreviado de forma significativa e com a punição devida aos autores que ocasionaram esta infração. O estudo se justifica na necessidade de discutir essa questão, já que poucos doutrinadores se posicionam a respeito. Diante disso, pretende-se verificar possíveis normas que irão ser capazes de assegurar o consumidor quando for adquirir qualquer mercadoria na internet.

O referencial teórico deste estudo está dividido em quatro tópicos, o primeiro aborda a conceituação de estelionato, em seguida é apresentado um breve histórico do surgimento da internet, seguido conceituação de comércio eletrônico, e por fim, a proteção do consumidor no comércio eletrônico.

Para elaborar a pesquisa, foi utilizado o método teórico-dogmático, bem como o estudo de doutrinadores, jurisprudências que entendam a necessidade de uma legislação específica para os crimes estelionato no *e-commerce*. O método adotado é dedutivo, posto que foram buscadas informações favoráveis ao assunto, para que assim se possa adquirir uma resposta ao problema apresentado. O procedimento de pesquisa utilizado é o bibliográfico, realizado por meio de artigos científicos, revisão bibliográfica, jurisprudências e demais materiais para se alcançar o êxito. A abordagem tem natureza qualitativa, alcançando uma compreensão das razões e motivações que faz com que os crimes de estelionato no *e-commerce* sejam tão frequentes no Brasil.

2 O DELITO DE ESTELIONATO

O termo estelionato tem sua origem a dezenas de séculos atrás, e deriva da palavra "*estellio*", originário do latim, que quer dizer camaleão, uma espécie lagarto típico da África, que tem como característica principal a capacidade de alterar sua coloração natural para adaptar-se ao ambiente em que se encontra, com o objetivo de iludir seus predadores e facilitar a captura de suas presas.

Comparando-se ao réptil citado, o estelionatário possui uma facilidade em se recriar ao meio social em que habita, e em decorrência de seus múltiplos disfarces, engana a vítima com seus hábitos fraudulentos e age de forma desonesta o tempo todo. Dessa forma ele alcança seu objetivo final, que é o de ludibriar suas vítimas, obtendo a vantagem esperada.

Fragoso (2006) explica que o tipo surgiu somente a partir do império (século II d.C.), aparecendo, inicialmente, como um tipo penal genérico e subsidiário, vindo a evoluir, já no século seguinte, como a forma mais grave de fraude, juntamente com o rapto, a extorsão, a exposição de infante e o aborto (FRAGOSO, 2006, p. 36).

No Brasil, o crime de estelionato está descrito no artigo 171 do Decreto-Lei nº 2.484 de 07 de dezembro de 1940 – O Código Penal Brasileiro: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa” (BRASIL, Código penal brasileiro de 2000).

Para Mirabete (2003b), esse crime é praticado de forma a incitar ou manter alguém em erro, em engano, podendo ser a própria vítima ou outra pessoa. Nessa segunda situação tem-se um segundo agente passivo do crime de estelionato, que funciona como um canal para se chegar à vítima principal, a detentora do bem patrimonial a que se quer extorquir.

O crime de estelionato é praticado mediante artifício ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, meio pelo qual o agente ativo engana a vítima, criando um cenário mentiroso, dificultando o entendimento da vítima, o que favorece a ação do criminoso em alcançar a tão vantagem ilícita esperada. Segundo Mirabete (2003b, p.1348):

O artifício existe quando o agente se utiliza de um aparato que modifica, ao menos aparentemente, o aspecto material da coisa, figurando entre esses meios o documento falso ou outra falsificação qualquer, o disfarce, a modificação por aparelhos mecânicos ou elétricos, filmes, efeitos de luz, etc.

O emprego de meio ardil é imaterial, caracterizado pela esperteza, ou pela sutileza de aspecto intelectual, pois o indivíduo se vale do desfavorecimento da

vítima que se encontra em posição de submissão diante do estelionatário, e age movida pela ilusão ou emoção, capaz de favorecer a ação ilícita do criminoso em conseguir o resultado da subtração do bem patrimonial, sem que ela se dê conta de que está sendo enganada.

No que tange o tipo penal referindo-se a qualquer outro meio fraudulento, sabe-se que este meio deve ser idôneo, de maneira a ludibriar a vítima, que segundo Mirabete (2003a, p. 304):

Discute-se, na aferição da idoneidade do meio empregado, se deve ser levada em consideração a prudência ordinária, o discernimento do homo medius, ou a pessoa da vítima, concluindo os doutrinadores por esta última hipótese. Embora já se tenha decidido que as manobras fraudulentas devem ser suficientes para embair a média argúcia, a prudência normal, aquele mínimo de sagacidade que a pessoa comum usa em seus negócios, é francamente predominante a jurisprudência de que a idoneidade do meio deve ser pesquisada no caso concreto, inclusive, tendo-se em vista as condições pessoais da vítima.

2.1 A PRÁTICA DO ESTELIONATO NA INTERNET

O estelionato realizado na Internet também é conhecido por estelionato eletrônico, constituindo-se no crime previsto no artigo 171 do CP. Apesar de o Código Penal citar o estelionato, é importante destacar que este ação fala sobre o ato cometido de maneira direta pelo infrator, ou seja, conseguindo vantagem desonesta em detrimento a alguém em completo contato com a vítima. Existe somente uma diferença entre o estelionato comum e o praticado na internet e essa diferença está na operação do crime, enquanto um acontece no mundo real, o outro se utiliza o meio virtual e acontece na internet. O resultado e o efeito acontecem de maneira natural, e causando o resultado no mundo físico, absolutamente ligado através do nexo de causalidade (GRECO, 2009).

Ainda segundo Greco (2009), o nexo causal é a ligação necessária que junta à conduta cometida ao resultado da conduta. Não existindo essa ligação do

resultado à atuação, não é possível se falar denexo causal e, portanto, o resultado não pode ser conferido ao agente, tendo em mente que ele não foi o responsável.

O estelionato na Internet pode ser cometido por uma pessoa que tenha um vasto conhecimento na área, mas também pode ser realizado por alguém que não possui tanto conhecimento. O usuário de vasta noção na área procura inventar meios capazes de ludibriar de forma fácil suas vítimas. Esses são intitulados de *Crackers*, que têm a intenção de prejudicar suas vítimas, invadindo e praticando ações sem autorização, de maneira ilegal. O estelionato é um grande vilão no consumo virtual e gera a insegurança no consumidor com medo, por conta do pagamento ser realizado com cartão de crédito e ser necessário inserir dados pessoais. O consumo virtual é apenas 1% do faturamento de uma empresa, justamente pelo medo do consumidor em ser enganado (LIMA 2005).

A respeito do estelionato que se utiliza a internet, a verdade é que certos magistrados e operadores do direito se utilizam de analogias para adequar à lei, o que em alguns casos não é muito eficiente. Mas enquanto não se cria uma lei focada neste assunto, a melhor maneira e saída é a analogia com as leis existentes. Vale ressaltar que a anulação para as dificuldades e problemas que envolvem o estelionato na internet está longe de ter uma solução. Apenas tipificar o tipo penal não vai resolver os problemas, já que, para estreitar este delito, é necessário que o estado aja de maneira que informe as pessoas sobre como evitar cair nas armadilhas do estelionato virtual.

2.2 APLICABILIDADE PENAL

Como afirma Feitoza, (2012), no crime de estelionato é determinado ao praticante do crime a pena de reclusão de um a cinco anos e multa. Para que reste configurado o delito em tela, a lei requer que exista o dolo do agente em realizar a ação, não sendo admitida culpa, estando o infrator consciente de sua presunção de ludibriar a vítima. Da mesma maneira, exige-se também o denominado dolo específico, que nada mais é que a obtenção ilícita vantagem patrimonial para si ou para outros.

A realização deste crime se dá no momento do alcance da vantagem ilícita em prejuízo de outrem, ocasião em que a coisa ou objeto passa da disponibilidade da vítima para a do violador. Por outro lado, a tentativa ocorre, quando, depois de iniciado o ato de execução o agente não consegue alcançar a vantagem ilícita por

circunstâncias alheias a sua vontade, ou em outra hipótese, o criminoso, embora não tenha conseguido alcançar vantagem, pudesse consegui-la, gerando um dano iminente, sendo este também passível de repressão (FEITOZA, 2012)

Feitoza (2012) destaca que o estelionato pode ser realizado de maneira comissiva e omissiva, dependendo de como procede ao agente delituoso. A ação típica que tem por escopo a conquista de vantagem antijurídica em prejuízo de terceiros é praticada por interferência da fraude do agente, que incentiva ou mantém a vítima em erro. Por indução, entende-se o comportamento do autor de forma comissiva para a solidificação da ação, isto é, fazendo algo para que a vítima seja induzida a erro. Por outro lado, a conduta de manter a vítima em erro poderá ser praticada de forma omissa, quando o infrator toma ciência que o sujeito passivo encontra-se incidindo no erro e se aproveita desta brecha para obter vantagem indevida.

Ainda que o crime de estelionato seja uma violação grave ao ordenamento jurídico e ocasione danos na maioria das vezes irreversíveis, o acusado, desde que não esteja respondendo por outro processo criminal com decisão transitada em julgado, e ainda, não seja reincidente de crime doloso, preenchendo as condições satisfatórias no que refere à culpa, os antecedentes criminais, a conduta na sociedade e a sua personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias, resguardadas pelo artigo 59 do Código Penal, poderão ser beneficiados pela interrupção condicional do processo, prevista no artigo 89, § 1º da Lei 9.099/95, que trata dos juizados especiais criminais, considerando-se que a pena mínima para o estelionato é de um ano como citado no artigo 89:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

3 BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA INTERNET

A internet foi criada com finalidades estratégicas militares do Departamento de Defesa dos Estados Unidos e não para interesses sociais. Em 1969, a internet foi criada pela *Advanced Research Projects Agency* (Arpanet), como um sistema de comunicação de informação. (ALBERTIN, 2010).

Anos antes da criação da Arpanet, os EUA se encontravam em meio a Guerra Fria e já existia uma rede que ligava os departamentos de pesquisas com as bases militares, e toda a comunicação era realizada por um computador central. Essa comunicação era vulnerável e sujeita a ser cessada a qualquer momento, caso a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas viesse a bombardear o Pentágono. A Arpanet tornou-se maior no ramo acadêmico a partir do ano de 1982. A princípio, o seu uso era restringido apenas aos EUA, mas depois se expandiu a outros países como Dinamarca, Holanda e Suécia e desde então começou a ser chamada de internet (SILVA, 2001).

Ainda segundo Silva (2001), em 1972 foi criado o correio eletrônico, conhecido como o e-mail, propiciando tanto a troca como o armazenamento de mensagens eletrônicas entre computadores que estivessem ligados ao computador central, este último sendo responsável pela operação de entrada da mensagem de um endereço virtual, normalmente usado por um usuário em qualquer um dos computadores ligados a ele por meio da rede de comunicações, para envio a outro endereço virtual.

Segundo Albertin (2010), a princípio a internet era limitada a uso comercial e de pesquisa educacional. Entretanto, com a pressão política para a criação de estrada de informação e o desenvolvimento de ferramentas para estruturar e localizar informações, as regras relacionadas aos tipos de uso ficaram difíceis de ser mantidas.

Hoje em dia a internet está espalhada por diversos países como um sistema de distribuição de informação, o que viabiliza às pessoas o compartilhamento de informações e a compra de produtos, pois é uma combinação única de vários serviços como: comércio eletrônico, sistema de telefonia, serviço postal, pesquisas, onde a troca de informações acontece de forma rápida, utilizando tecnologias razoáveis, baratas e frequentemente disponíveis (ALBERTIN, 2010).

3.1 CRIMES PRATICADOS NA INTERNET

Crimes cibernéticos, crimes informáticos, crimes eletrônicos, crimes virtuais ou digitais são todos os termos usados para se referir as atividades criminosas praticadas através de computadores, os quais servem como meios necessários à execução do crime (CASSANTI, 2014).

Toda tecnologia criada não tem uma garantia de cem por cento da segurança. Nos anos de 1960 os primeiros criminosos começaram a surgir, desvendando a tecnologia circundada nos computadores e na internet. Usavam o conhecimento para acesso das informações sigilosas de usuários, como também grandes empresas com diferentes ramos de negócio: em 1960 se deu as primeiras referências sobre essa modalidade de crimes nas mais diversas denominações, com maiores incidências em casos de manipulação e sabotagem e o uso abusivo de sistemas de computadores (CARNEIRO, 2012).

Mas, de acordo com Bueno e Coelho (2008), foi a partir de 1980 que o aumento de ações criminosas passou a incidir em manipulações de caixas bancárias, piratarias, abusos nas telecomunicações etc., revelando insegurança que os inventores do processo não haviam previsto.

Em 1970, a nomenclatura *Hacker*, de origem norte-americana, foi utilizada para classificar as pessoas que descobriram falhas no sistema de rede de internet por meio do computador, sendo aquela que possui extremo conhecimento em TI (tecnologia da informação), utilizando sua capacidade para explorar vulnerabilidades e aperfeiçoar sistemas. Tudo no intuito de buscar melhoria de *software*, de sistemas e de redes de uma forma legalizada. Também existiam as pessoas classificadas como *Cracker*, que, possuem um grande conhecimento em TI, porém, utilizam sua capacidade para fins ilícitos visando o alcance de proveito pessoal. Possui motivação econômica, comportamento malicioso e integram o crime virtual organizado (BUENO; COELHO, 2008).

Em 1980 os crimes virtuais deixaram de ter como objetivo só o roubo, dando início ao surgimento de novas modalidades de criminosas, como o crime de pedofilia, onde fotos de crianças eram compartilhadas sem nenhuma fiscalização e meio para encontrar os pedófilos e a pirataria, que disponibilizava disco de músicas de graça para todos. (SOUZA, 2015).

A internet deve ser considerada como patrimônio da humanidade, fazendo jus à proteção jurídica, em razão da sua grande importância no cenário mundial. A rede foi à primeira invenção humana capaz de possibilitar, com eficiência, a integração dos povos e a propagação da informação (PINHEIRO, 2010).

Para Souza (2015), a velocidade em que o crime é praticado pela internet, a impunidade do criminoso e o descaso das autoridades em relação à fiscalização e a tipificação de condutas, levam ao atraso na criação de leis adequadas, as quais surtam efeitos objetivos a fim de diminuir os crimes virtuais no comércio eletrônico. Além disso, a velocidade da rede de internet faz com que as informações que são jogadas nessa rede se propaguem em grande velocidade, atingindo grandes proporções, muitas vezes havendo descontrole de informações.

3.2 O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O *e-commerce*, também conhecido como comércio eletrônico, considera-se como o conjunto de compra e venda de informações, bens e serviços por intermédio da rede mundial de computadores. Segundo Crespo (2011, p. 193), "é qualquer forma de transação comercial, onde as partes interagem eletronicamente. Conjunto de técnicas e tecnologias computacionais utilizadas para facilitar e executar transações comerciais de bens e serviços através da internet".

Turban e King (2004) relatam que as primeiras aplicações do Comércio Eletrônico ocorreram no início da década de 1970, com novidades como a transferência de dinheiro eletrônica, através da simples transferência de dados. Entretanto, essa transferência, exatamente por ser muito nova, acabava por ficar restrita a grandes companhias, dispostas a investir nessa tecnologia até então estranha e cara.

Segundo Felipini (2011), a origem do *e-commerce* propriamente dita remonta ao final da década de 1970, quando o empresário e inventor inglês Michael Aldrich descobriu que era possível criar sistemas de compras on-line. Esses sistemas ficaram conhecidos como *teleshopping*, tendo sido denominado como Internet Shopping, até chegar ao *Electronic Commerce*, *E-commerce* ou comércio eletrônico, como é conhecido nos dias de hoje.

Pouco se sabe com exatidão sobre a origem do primeiro comércio eletrônico no Brasil, mas foi na década de 2000 que ele tomou fôlego e ganhou expressão no país. Os primeiros comércios virtuais que se tem conhecimento surgiram já no ano de 1999, quando o Mercado Livre (GRUPO MERCADO LIVRE, 2013), a Submarino e as lojas Americanas lançaram suas respectivas páginas na internet destinadas ao fim comercial (GRUPO B2W, 2013).

Para entender melhor como ocorrem fraudes na internet, deve-se compreender o conceito de comércio eletrônico ou *e-commerce*. Albertin (2010, p. 3) ensina que é a “realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócio num ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa das tecnologias de comunicação e de informação, atendendo aos objetivos de negócio”. Nesse mesmo sentido, os processos “podem ser realizados de forma completa ou parcial, incluindo as transações negócio-a-negócio, numa infraestrutura pública e de fácil e livre acesso e baixo custo”. De acordo com Júnior (2007, p.2) “o comércio eletrônico ou *e-commerce*, ou ainda comércio virtual, é um tipo de transação comercial feita especialmente através de um equipamento eletrônico, como, por exemplo, um computador”.

Fagundes (2009, p.1) define: “O comércio eletrônico como qualquer transação comercial que envolva a cadeia de valor dos processos de negócio através de um ambiente eletrônico, por exemplo, a internet”. Ainda segundo ele, o comércio eletrônico através da internet é o ramo de atividade econômica que mais cresce no mundo. As jovens empresas que ingressam no *e-commerce* têm atraído o maior número de investidores do mercado de ações, aumentando o valor de mercado de forma alucinante.

3.3 EVOLUÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL: A CONFIANÇA E SEGURANÇA DO CONSUMIDOR

O comércio eletrônico começou em 1995, quando as primeiras lojas descobriram uma nova maneira para vender seus produtos. Em meados de 2001 as empresas que começaram a investir nesse sistema de comércio estavam encontrando algumas dificuldades para conquistar capital para seus negócios, pois enfrentavam a resistência de novos investidores que eram mais pessimistas em relação a essa nova modalidade de mercado que estava surgindo, principalmente

com o risco de retorno sobre os seus investimentos (ALMEIDA; BRENDELE; SPINOLA, 2014).

Em 2006, o comércio eletrônico faturou aproximadamente R\$ 4,4 bilhões, um aumento de cerca de 76% a mais que o valor registrado no ano anterior, quando o faturamento foi de R\$ 2,5 bilhões. Com o crescimento demasiado, as lojas virtuais estavam se estabelecendo e ganhando cada vez mais importância no mercado. É válido ressaltar que a concorrência aumentava simultaneamente (ALMEIDA; BRENDELE; SPINOLA, 2014).

Segundo o E-bit (2017), o comércio eletrônico apresentou crescimento perceptível. Revelando que mais de 55 milhões de consumidores efetuou ao menos uma compra on-line em 2017, um crescimento de 15% em relação ao ano de 2016 com faturamento de aproximadamente R\$ 47,7 bilhões, com crescimento de 12% no faturamento total.

Apesar da gradativa inserção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico, grande parte da população ainda possui alguns temores no que se refere à celebração de contratos através do mundo virtual. Na visão do consumidor, a segurança é algo que, mesmo nos dias atuais, não está garantida. Assim, percebe-se que o comprador cita a falta de confiança no ambiente virtual como fator determinante para abster-se da utilização da internet para adquirir bens e/ou serviços (MARQUES, 2004).

Para Marques (2016) há uma visível dificuldade na sensação de parcial abandono da legislação nacional aos direitos do consumidor, especificamente, quanto o contrato virtual. No sentido de que a população não percebe soluções quando, se vê lesado pelo fornecedor/vendedor virtual, não sabendo onde reclamar seus direitos, para quem reclamar e, a pior, contra quem reclamar.

A relação de consumo praticada pela internet precisa ter a mesma confiança, segurança e informação que a ocorrida dentro do estabelecimento comercial físico, uma vez que esse negócio jurídico ocorrido na modalidade eletrônico não diverge do ocorrido na modalidade tradicional, portanto, é passível de proteção jurídica. Entretanto, muitas vezes o consumidor quando a efetiva a transação eletrônica não se preocupa em conhecer as condições do ofertante, bem como muitas vezes não se preocupa em saber a procedência dos produtos e serviços ofertados nesse âmbito. (MARQUES, 2004).

Quando se toca em relações de consumo, a oferta atrela o fornecedor ao seu cumprimento, bem como o aceite do consumidor resultará na total responsabilidade contratual entre as partes. No entanto, com a ausência de legislação específica que englobe as diversas formas de consumo pelo meio digital, não há forma efetiva de impedir os eventuais conflitos que possam surgir desta relação. Ao perceber esta realidade, a jurisprudência tem se movimentado com o objetivo de garantir proteção a todos os usuários do meio eletrônico (MARQUES, 2016).

3.4 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO BRASILEIRO

No Brasil, todas as relações de consumo são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), logo, este também dispõe dos direitos e deveres dos consumidores e fornecedores. O direito do consumidor foi elaborado para excluir as desigualdades resultantes das relações de consumo principalmente ocorridas após a revolução industrial, já que com ela, a produção passou a ser em grandes quantidades, daí apareceram os novos mecanismos de produção e distribuição, e como consequência jurídica os contratos coletivos, contratos por adesão, todos eles calcados num direito material tradicional, e a responsabilidade fundada na culpa (CAVALIERI, 2008).

Diante da expansão do comércio eletrônico, o legislador viu a necessidade de criar normas específicas para esse tipo de comércio, uma vez que o código de defesa do consumidor não traz normas expressas acerca do comércio eletrônico, no entanto, é utilizado para regular essa comercialização. Nesse passo, o direito do consumidor recebeu a primeira legislação que passou a regular o *e-commerce*: o Decreto Federal nº 7.962/2013, publicado no Diário Oficial de 15 de março de 2013, que passou a vigorar 60 dias após a sua publicação. Esse diploma legal trouxe inovações relevantes para as vendas on-line no país.

Atualmente, com a evolução do comércio virtual, além do crescimento do mercado, e a popularização da internet, qualquer pessoa que tenha acesso a um aparelho eletrônico conectado à rede mundial pode efetuar este tipo de celebração contratual à distância. Pode-se notar que o surgimento de empresas que oferecem produtos e serviços única e exclusivamente pela internet, possibilitando aos

consumidores uma variedade imensa de oportunidades para aquisição de produtos ou serviços sem ter que ir ao estabelecimento comercial físico. (SOBHIE, OLIVEIRA, 2013).

Ainda segundo os autores, como até pouco tempo não existia uma lei que se dedicasse exclusivamente ao comércio eletrônico, a aplicação dos direitos do consumidor previstos no Código de Defesa do Consumidor pode e deve ser aplicada, uma vez que há a consumação de uma relação de consumo. Além do mais, o *e-commerce* é um tipo de operação executada através de um equipamento eletrônico, é portanto, o ato de vender ou comprar pela internet. Assim, deve-se levar em consideração o importante valor jurídico das mensagens propagadas neste tipo de comércio, pois elas formam declarações de vontade integrantes dos contratos ou que provam a relação do negócio jurídico.

Percebe-se que o crescimento do comércio eletrônico trouxe aos consumidores uma quantidade e diversidade de produtos e serviços oferecidos na internet. Assim, por se tratar de relação de consumo, elas encontram amparo legal, principalmente as que se referem ao Código de Defesa do Consumidor. Assim, o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor constitui que as normas de proteção do consumidor nele dispostas são de "ordem social e interesse público". Sendo assim, essas regulamentações possuem caráter imperativo, ou seja, incidem independentemente do desejo das partes, proibindo o banimento de sua aplicabilidade (CASTRO, 2001).

3.5 PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade enganosa está exemplificada no art. 37 do código de defesa do consumidor, regulamentada pelos artigos 36 a 38, e é designada como uma forma de veiculação da oferta, que através da sua circulação pode conduzir o consumidor ao erro. Martins (2004) dispõe que a publicidade é o conjunto de processos destinados a captar a atenção do público alvo, informando-os sobre o produto, prestação de serviços ou uma ação para utilizá-la o serviço ou a compra. Logo, é uma estratégia que incentiva o mercado e o consumo, alavancando assim a atividade econômica.

Ao optar pela publicidade, o autor ainda afirma que o fornecedor deve se sujeitar aos deveres que sucedem da lei, observando sempre a boa-fé do

fornecedor como critério especial, sendo que dentro deste relativo contexto se encontram os fundamentos para censurar a publicidade enganosa e abusiva, pelo que estas falham as esperanças do consumidor quanto à realização do negócio.

Para Marques (2016) a publicidade pode ser realizada de variadas formas, sendo toda e qualquer informação ou até mesmo comunicação comercial. Independente da forma que é difundida, a publicidade nos meios virtuais deverá obedecer ao artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, a publicidade utilizada pelo fornecedor eletrônico deve ser de forma sadia, aberta, simples e rápida, sendo que esses fatores que devem ser identificados pelo consumidor que visita o *website* no objetivo de adquirir produtos.

Segundo Coelho (2012), o Código de Defesa do Consumidor não visa apenas punir os fornecedores, mas sim proteger o lado de maior vulnerabilidade dentro dessa, ou seja, o consumidor, com o intuito de igualar as partes desiguais, para que se tenha harmonia nas relações de consumo. Visto isso, a publicidade enganosa, empregada ainda nos dias de hoje por alguns fornecedores, constitui crime e se identificada, as medidas cabíveis e penais devem ser tomadas, para os consumidores não tenham seus direitos lesados por aqueles que visam ao lucro rápido e fácil e em desconformidade da lei.

3.6 LEGISLAÇÃO APLICADA: O MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet veio com o intuito de regulamentar o uso da internet e teve como princípios a privacidade do usuário e a liberdade de expressão, formalizando direitos e deveres dos usuários dos serviços de internet. Teve seu planejamento em 2009, e a sua proposta era a criação de uma lei com vasta participação da coletividade, que colaboraria com sugestões, melhorias e debates. A fase de criação da lei foi dividida em duas etapas sucedidas. Entretanto, a aprovação da lei ocorreu somente em 2014 (LIMA, 2014).

Lemos (2014) esclarece que o processo legislativo que deu origem ao surgimento do Marco Civil foi projetado por conta de dois acontecimentos de grande importância e destaque nacional: o primeiro foi o escândalo provocado pela descoberta de que o governo brasileiro havia sido alvo de espionagem americana. Outro acontecimento foi à subsistência de um projeto de lei Azeredo, que tinha como objetivo a organização de uma legislação criminal própria para a internet, a

qual objetivava a criminalização de um extenso rol de ações praticadas na rede. A aprovação desta lei engessaria o funcionamento da internet no país.

Segundo Anjos (2014), as ações executadas no meio eletrônico sempre estiveram amparadas de forma legal, ainda assim, eram perceptíveis incertezas doutrinárias e jurisprudenciais quanto a algumas destas condutas. Neste sentido, o Marco Civil da Internet veio para tentar suprir algumas dessas lacunas. A partir de então, a internet passou a ser definida como uma forma de praticar cidadania, em face de os usuários terem garantia de o sigilo de suas comunicações, passando a ter mais um amparo legal.

A lei prevê também que a conservação da qualidade de sinal de conexão, bem como a não suspensão deste sinal, a não ser no caso de inadimplência, é direito do usuário da internet. Os termos de uso, que o usuário julga sem importância e sem significância são disciplinadas a partir dessa lei, apresentando as espécies contratuais onde o objeto é a prestação de serviços elaborados pelos sites, gerando direitos e deveres para ambas as partes, deverão conter uma linguagem objetiva, acessível e mais breve, a fim de que torne possível a total compreensão do contratante (ANJOS, 2014).

Segundo Marques (2016) lei ° 12.965/2014 veio também como forma de viabilizar até mesmo a identificação de um infrator virtual, haja vista que os dados de conexão do usuário deverão ser armazenados pelo prazo de um ano, o que, quanto aos registros de acesso às aplicações, têm o prazo de seis meses. Encontrando discordância, neste último caso, por perceberem o prazo insuficiente, uma vez que pelo que expõe o art. 206, § 3º do Código Civil Brasileiro, iria chocar-se com o prazo prescricional, entendendo a jurisprudência brasileira pela razoabilidade do argumento, visto que a guarda dos registros deveria ocorrer por pelo menos três anos, como recomendado pelo próprio Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Outra relevante novidade trazida pela lei aborda a responsabilidade dos provedores de aplicação pelos danos que ocorrem pelo conteúdo criado por terceiros. Antes da nova lei, entendia-se que os provedores destas aplicações responsabilizavam-se pelos conteúdos gerados pelos seus usuários. Os que, a partir da nova lei, visam dificultar a censura e garantir a liberdade de expressão, somente poderão ser responsabilizados civilmente pelos danos gerados por terceiros, se

após emissão de ordem judicial não tomarem as providências cabíveis para retirada do conteúdo ilícito da rede (MARQUES, 2016).

Pelo estudo do Marco Civil da Internet, percebeu-se que o documento legal trouxe ainda mais segurança e amparo legal ao consumidor eletrônico, se tratando das regras das ações de usuários e das empresas; a fomentar a proteção de dados pessoais através da exclusão de cadastros efetuados no ambiente digital, quando finalizada a o negócio entre ambas as partes; a neutralidade da rede como forma de impossibilitar o abuso a nas contratações de provedores de acesso à internet; a confidencialidade das informações por um prazo determinado, com o objetivo de descomplicar o reconhecimentos desses criminosos virtuais; entre outras formas protetivas, tomando o acesso à internet, hoje, como forma de exercício da cidadania (MARQUES, 2016).

Ainda segundo a linha de raciocínio do autor, o usuário deve ser mais responsável e consciente o que diz respeito aos conteúdos dispostos na rede, já que o judiciário vem compreendendo que o simples fato de curtir e compartilhar um comentário contendo difamação, significa sua concordância com o entendimento explicitado. Tendo como foco preservação dos seus direitos individuais previstos na Constituição Federal e a proteção usuário da internet é que a lei tende a ser aperfeiçoada e aprofundada com o passar do tempo.

3.7 NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR AO COMÉRCIO ELETRÔNICO

É notório que o Código de Defesa do Consumidor não possui instrumentos que preserve a alta vulnerabilidade do consumidor de forma eficiente na realização do comércio eletrônico. Com o objetivo de captar e fidelizar compradores, os sites exercitam com muita periodicidade a propaganda enganosa, através do envio de mensagens falsas que não foram demandadas pelo consumidor, onde acabam invadindo a privacidade, registrando atividades, criando banco de dados a respeito de suas preferências de maneira indevida para que o consumidor acesse, mesmo que não seja este o conteúdo procurado por ele. Desta forma, a proteção da privacidade do consumidor é uma questão de grande relevância, tendo em vista que significa a segurança jurídica do contrato realizado por meio eletrônico (MARQUES, 2016).

Em se tratando da constante evolução tecnológica, seria praticamente impossível a viabilidade do legislador na década de 1990, antever que a privacidade do consumidor virtual e a segurança jurídica das relações eletrônicas tomasse tamanha proporção dos seus direitos violados. Deste modo, a regulamentação devida só se ampliaria com a globalização e as mudanças fáticas pela qual se passa. A proteção do consumidor é um desafio que deve ser explorado. Há a necessidade de se criar regulamentos e normas, em âmbito nacional e mundial, inclusive no sentido de diminuir as questões de conflito característica pelo crescente aumento de produtos e serviços (MATTE, 2001).

Para alguns preceptores, o Código Consumerista é considerado uma legislação desenvolvida, entretanto, um fato que muitos também apontam é o avanço acentuado e incontrolável do consumo eletrônico no país, tornando a lei já existente desfalcada em alguns aspectos. Dessa forma, é certo que o Código de Defesa do Consumidor precisa de uma reforma e atualização, para que a tutela do próprio consumidor no âmbito do comércio virtual esteja resguardada, no caso da existência de eventuais conflitos que venham a aparecer no ambiente virtual (MARQUES, 2016).

Ainda com base em Marques (2016), neste entendimento, uma comissão de juristas realizou audiências públicas com senadores, procuradores da República e órgãos de defesa do consumidor para atualizar o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de adequá-lo ao comércio eletrônico. Isso fez produzirem três anteprojetos de lei apresentados em março de 2012 ao Senado Federal, dentre eles está o Projeto de Lei nº 281/2012 que trata de forma específica do comércio eletrônico, visando aprimorar as disposições gerais constantes no Capítulo I, do título I, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90.

Tal projeto de lei busca tratar sobre o comércio eletrônico, a preservação da segurança do consumidor em suas transações, com o intuito de proteger os dados pessoais do consumidor na rede. A lei retrataria ainda da competência jurisdicional relacionada ao comércio eletrônico, assim como a introdução da tipificação como infração penal do ato de ludibriar e aliciar sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, ressalva as exceções legais.

Segundo Marques (2016) novas convicções que tratem do comércio eletrônico serão unidas à legislação consumerista, criando uma regulamentação

específica, a partir do estudo de leis internacionais já existentes e da experiência jurídica brasileira, a fim de copilar o que a legislação tem determinado no transcorrer dos anos.

Na visão do autor, o Código de Defesa do Consumidor ainda possui muitas falhas quando se trata da proteção do consumidor nas relações de comércio eletrônico, frente ao desempenho e dinâmica desta nova forma de comércio. No entanto, a atualização trazida pelas novas regulamentações será eficaz para preencher estas lacunas, visto que isso ainda levará certo tempo para adaptação e conhecimento das normas pela sociedade. Além do mais, deve-se observar que, diante desta dinamicidade do comércio eletrônico, se faz necessário o contínuo estudo e a constante atualização do delineamento jurídico para o amparo legal efetivo do utilizador.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo compreender até que ponto a legislação consumerista trata das violações dos direitos do consumidor nas transações feitas no *e-commerce*, em especial no que se refere ao crime de estelionato, e dialogar com legislações específicas para o meio digital. O primeiro objetivo específico, que buscou revisar os principais instrumentos de proteção ao consumidor previsto na legislação brasileira, e o segundo objetivo que buscou conceituar o crime de estelionato na legislação brasileira foram alcançados, por meio da revisão bibliográfica à luz dos principais teóricos.

Diante da constante evolução dos recursos tecnológicos disponíveis atualmente, a sociedade se desenvolveu mais rápido que o esperado. A internet trouxe uma série de benefícios à população. Com isso, alguns criminosos observaram neste mundo virtual a oportunidades de cometer crimes, modificando a finalidade para o qual foi criada. Entre os crimes virtuais, encontra-se o crime de estelionato que passou a ser praticado na Internet, impossibilitando às autoridades em agir nas punições aos criminosos virtuais.

A internet, assim como a criminalidade, se expande com uma rapidez superior as leis existentes, daí a importância em se alterar o tipo penal do estelionato descrito no artigo 171 do Código Penal Brasileiro, com a finalidade de

sanar os prejuízos sofridos diariamente por pessoas que são vítimas desse golpe, objetivando disciplinar de maneira mais precisa sua conduta criminosa, bem como trazer punições mais eficazes no seu combate.

Por fim, espera-se que o presente estudo possa contribuir não tão somente com estudantes do direito, mas também com outros pesquisadores interessados no tema, servindo como apoio para a realização de novos estudos acerca do tema e também como fonte de informação.

5 REFERÊNCIAS

ALBERTIN, A. L. **Comércio Eletrônico**: Modelo, aspectos e Contribuições de sua aplicação. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

ALMEIDA, R. E.S.; BRENDLE, V.; SPÍNOLA, N. D. E-COMMERCE: Evolução, processo de compra e o desafio da entrega. **Revista de desenvolvimento econômico**, SALVADOR, BA, v.16, n.29, p. 138-149, dez. 2014. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/view/3251> >. Acesso em: 24 out. 2018.

ANJOS, T. **Os principais aspectos do Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014**. 2014. Disponível em: < <http://www.cliquef5.com.br/conteudo.php?cid=42305> >. Acesso em 03 nov. 2018.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm >. Acesso em: 29 de junho de 2014.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm >

BUENO, J. N.; COELHO, V. M. B. G. **Crimes na internet**. 2008.

CARNEIRO, A. G. Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, 2012. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?Nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revisa_caderno=17> Acesso em 24 de out. de 2018.

CASSANTI, M. O. **Crimes virtuais, vítimas reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

CASTRO, L.F.M. **Comércio Eletrônico e a Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro e no MERCOSUL. In Internet e Direito. Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 37.

CAVALIERI, F, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 464.

COELHO, C. S. Publicidade enganosa e abusiva frente ao Código de Defesa do Consumidor. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 6, 2012.

CRESPO, M. X. de F. **Crimes digitais**. São Paulo: 2011.

E-BIT. Informação. Webshoppers, 37ª edição. 2016.

FAGUNDES, E. **O que é e-commerce?** Disponível em: <http://efagundes.com/artigos/o-que-e-e-commerce/>. Acesso em: 24 out. 2018.

FEITOZA, L. G. de M. **Crimes Cibernéticos: Estelionato Virtual**. 2012. 70 p. Direito. UCB. Brasília. 2012.

FELIPINI, D. **Conheça um pouco da história do e-commerce [infográfico]**. Ecommerce News. 2011. Disponível em: < <https://ecommercenews.com.br/noticias/balancos/conheca-um-pouco-da-historia-do-e-commerce-infografico/>> Acesso em: 23 out. 2018.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2009.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592118>

GRUPO B2W. Marcas. 2013. Disponível

em: <https://ri.b2w.digital/institucional/marcas> Acesso em: 23 out. 2018.

GRUPO MERCADO LIVRE. **Sobre mercado livre**. 2013. Disponível em:

<http://institucional.mercadolivre.com.br/>. Acesso em: 23 out. 2018.

JUNIOR, E.A. **Comércio Eletrônico: E-commerce**. 2007.

LAKATOS, E. M; MARCONI, M. de A. **Metodologia Científica**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

LEITE, G. S; LEMOS R (coord.). Marco Civil da Internet. São Paulo, Atlas, 2014, p. 04.

LEMOS, R. **O marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil**. In:

LIMA, M. R. de. **Marco civil da internet: impactos e estudo comparativo a nível internacional**. 2014.

LIMA, P. M. F. **Crimes de Computador e Segurança Computacional**. Campinas, SP. Ed. Millennium. 2005.

MARQUES, C. L. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

MARQUES, M. P. F. **A proteção do consumidor: nas relações de comércio eletrônico**. 2016.

MARTINS, F. A. **Defesa do Consumidor na Rede. Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5, p. 141 a 166, 2003-2004.

MATTE, M. Internet – **Comércio Eletrônico: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de e-commerce**. São Paulo: LTr, 2001.

MAZZON, J. A. Análise do programa de alimentação do trabalhador sob o conceito de marketing social. **São Paulo: FEA/USP**, 1981.

MIRABETE, J. F. **Código penal interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003b, p.1348.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003a, p. 304.

PINHEIRO, E. P. **Crimes virtuais: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal**. 2010. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/mrojr/artigo-crime-virtual> . Acesso em 25 de out. de 2018.

RICHARDSON, et al. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, L. W. **Internet foi criada em 1969 com o nome de "Arpanet" nos EUA**. Folha de São Paulo, 2001.

SOBHIE, A. A; OLIVEIRA, D. C. de. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: Inovações relevantes para as vendas online no Brasil a partir do Decreto Federal nº. 7962/2013. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 84- 107, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

SOUZA, H. L. de. Da ausência de legislação específica para os crimes virtuais. **JUDICARE**, 2015.

TURBAN, E.? KING, D. **Comércio eletrônico: estratégia e gestão**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.

LEI MARIA DA PENHA: UM ESTUDO BIBLIOGRÁFICO SOBRE A CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS

YVES ROBERTO DE SOUSA OLIVEIRA:
Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

JOSÉ EUSTÁQUIO DE MELO JUNIOR^[1]

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho teve como intencionalidade fazer um aporte epistemológico sobre a Lei Maria da Penha e a concessão de Medidas Protetivas. O objetivo visa analisar as legitimações legais para a efetividade do prazo para a concessão de medidas protetivas da Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. A metodologia efetivada foi mediante a revisão bibliográfica em livros, sites, artigos e doutrinas que delineiam sobre a respectiva lei. Os resultados apontam que as leis que instituíram as medidas protetivas estão promulgando a maior celeridade nas ações a serem tomadas para viabilizar a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; Violência Doméstica; Medidas Protetivas.

ABSTRACT: *This work had as its intentionality to make an epistemological contribution on the Maria da Penha Law and the granting of Protective Measures. The objective is to analyze the legal legitimations for the effectiveness of the term for the granting of protective measures of Law No. 11,340 of August 7, 2006. The methodology implemented was through the bibliographic review in books, websites, articles and doctrines that outline the respective law. The results indicate that the laws that instituted the protective measures are promulgating the greater speed in the actions to be taken to enable the protection of women victims of domestic violence.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Lei Maria da Penha no Brasil. 2.1 Questão de Ordem. 2.2 A história da Lei Maria da Penha. 2.3 Noções Procedimentais em hipótese de violência doméstica. 2.4 Projeto de Lei nº 13.505. 2.5 As medidas protetivas. 2.6 Os avanços e possibilidades das Medidas Protetivas 2.7 Perspectivas a partir da vigência da Lei nº 13.827/19. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A história nos apresenta ao longo dos anos um modelo no qual à assimetria dos papéis masculinos e femininos estão pautada em uma distribuição de forma não igualitária no que se refere ao poder e a voz na sociedade, e a imagem da mulher costuma ser intimamente ligada ao ambiente doméstico, a educação dos filhos e ações religiosas, de modo que muitas vezes esquecida pelas políticas existentes.

Outro ponto salutar dessa historicidade é a violência doméstica configurada como um fenômeno de extrema gravidade que afeta diretamente a saúde das mulheres que vivem nessa condição no Brasil e no Mundo. Há tempos muitas mulheres são agredidas por seus companheiros e diversas vezes sofrem formas de humilhação e estão sendo privadas do mínimo existencial ou sofrendo restrições em sua liberdade de locomoção, sendo ainda em algumas circunstâncias tratadas como um objeto ou posse.

Ademais, Teles e Melo (2002, p.19) afirmam que a violência doméstica assumiu “um papel nessa organização de gênero, a ponto de ser durante muito tempo naturalizada e concebida como integrante legítima da dinâmica de relações entre um homem e uma [sua] mulher”.

Nesse sentido, este trabalho tem como finalidade apresentar alguns desafios para consolidação da Lei nº 11.340/06 também conhecida como Lei Maria da Penha - LMP que teve sua promulgação em 07 de agosto de 2006, notadamente no que se refere às medidas protetivas. Trata-se de uma lei brasileira que surgiu a partir de mobilizações sociais e políticas dos movimentos feministas, e se destina, em última análise a consubstanciar o direito das mulheres vítimas de violência doméstica.

A Lei Maria da Penha prever que a violência doméstica e familiar contra as mulheres viola os direitos humanos, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Não obstante, o sistema judicial deve viabilizar o atendimento integral das mulheres em situações de violência mediante proteções legais.

Diante do exposto, a presente pesquisa buscará respostas para o problema: quais são os desafios para a concessão de medidas protetivas no caso de violência doméstica?

Para tanto, objetivo desse trabalho é verificar se é possível estabelecer prazos mínimos para a concessão de medidas protetivas da Lei nº 11.340.

A organicidade encontra-se em realizar uma revisão epistemológica mediante as bibliografias encontradas em livros, artigos, sites e jurisprudência referentes ao objeto da pesquisa. A presente pesquisa será de relevância social para estudantes, professores e profissionais do direito que se debruçam em discutir os direitos humanos voltados para as mulheres em situações de vulnerabilidade devido a violência doméstica no Brasil.

2 LEI MARIA DA PENHA NO BRASIL

Os atos de violência contra a mulher no ambiente doméstico geralmente são tidos como questões naturais para o indivíduo agressor, e por muitas vezes são silenciados pela própria vítima devido a inúmeros aspectos: dependência financeira, emocional e psicológica.

O combate aos casos de violência no Brasil será dentre outros mecanismos através da Lei de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (BRASIL, 2006).

A referida lei é conhecida como Lei Maria da Penha que representa a vitória dos movimentos feministas e um significativo avanço para o Brasil, no que tange ao reconhecimento legal de que a efetivação da igualdade deve ser regulamentada para um tratamento diferenciado em relação aos diversos segmentos da sociedade

O fundamento da lei encontra-se focalizado na violência sofrida pela mulher decorrente do seu gênero, devido a convivência, a coabitação, e as violências efetivadas. Para tanto, a Lei nº 11.340 instituiu os direitos e aumentou a interferência do sistema judiciário, a partir de sua esfera penal, nas relações sociais e conjugais. Esse processo de ampliação de direitos se dá baseado em uma nova concepção da vida social, e, sobretudo, da vida privada e familiar, desnaturalizando relações outrora impenetráveis (BRASIL, 2016).

Nesse diálogo epistemológico Rifiotis (2008, p. 232) aponta que:

A judicialização atua nas relações jurídicas, situada entre as esferas da intimidade e da coletividade de valores, mostrando assim, seus limites claramente e exigindo também estratégias específicas de atuação nas outras duas esferas. Além do mais, o Estado, o aparato judiciário, as práticas cotidianas dos operadores do direito, tendem a se autonomizarem e não atenderem as demandas sociais que guiam a sua criação, principalmente na legislação penal.

Visto que para assegurar os direitos humanos preconizados na Lei Maria da Penha deve-se garantir diversos fatores, sendo eles: a melhoria das delegacias, das casas de abrigo, das defensorias e dos juizados especializados que atendem as vítimas de violência doméstica, bem como proporcionar melhorias no atendimento dos servidores que desenvolvem suas funções no atendimento as mulheres agredidas.

Outro ponto a ser destacado na LMP foi o estabelecimento das medidas protetivas, da assistência às mulheres violentadas.

Para a compreensão da LMP organizamos as seções a seguir, que viabilizam o contexto histórico, os principais delitos relacionados à violência doméstica e familiar, o projeto de Lei as medidas protetivas.

2.1 Questão de Ordem

Em concordância, Minayo, Assis e Deslandes *et al.* (2003, p. 97) afirmam que essa figuração do homem como sendo dono do sexo oposto é um fato de muitos séculos e advém da cultura ocidental. Na concepção do patriarcalismo, o masculino é tido como o dono das decisões e chefe da família, como o ser de provimento material.

Historicamente o homem é colocado em uma posição social de poder, tendo uma relação forte entre as percepções atuais de masculinidade e o exercício do domínio de pessoas, de guerras e de conquistas.

Nesse paralelo Aristóteles também comenta acerca da descrição das partes afirmando que, “Em todas as espécies, o macho é evidentemente superior à fêmea: a espécie humana não é exceção” (ARISTÓTELES, 1991, p. 13).

Por essas razões, o homem ainda se sente um ser de total superioridade, achando-se impunível, acima até mesmo das vedações da lei, e devido a esse sentimento de impunidade são levados a persistirem no erro. Neste contexto muitas mulheres levam a vida sob ordens do patrono da casa, acreditando que tudo é normal, até perceberem a gravidade das agressões, que se iniciam por psicológicas e progridem até as físicas, que por muitas vezes morrem depois de ter sofrido inúmeras agressões, sem que tivesse coragem de denunciar o agressor ou mesmo com denúncias legalmente formalizadas não conseguem na justiça medidas protetivas capazes de sanar as agressões feitas por seu companheiro.

2.2 A história da Lei Maria da Penha

Na sociedade antiga a figura do homem estava relacionada como o provimento e sustentabilidade do lar, cabendo a ele ditar normas e regras para o seio familiar, carregando em suas entrelinhas o machismo, colocando de lado qualquer autoridade para figura feminina com esse sentimento de poder absolutista, era bastante comum às mulheres se submeterem as situações constrangedoras por medo de represálias da própria justiça ou sociedade, pois muitas vezes esse comportamento era “normal”, devido ao machismo enraizado na cultura.

Todavia, vale ressaltar que essas concepções permanecem enraizadas por número significativo de homens que cometem atos de violência contra as suas companheiras no Brasil.

Diante do número de casos no país instituiu-se a Lei 11.340/06, conhecida como a Lei Maria da Penha cuja edição derivou de um histórico de violência sofrida pelas mulheres no âmbito doméstico.

O marco dessa mudança jurídica foi decorrente das violações sofridas contra a vida da Sr^a. Maria da Penha Maia Fernandes, que teve a sua dignidade invadida ao ser brutalmente espancada e agredida por seu companheiro no ano de 1983.

A instituição da lei foi uma homenagem a Maria da Penha, uma mulher guerreira, brasileira, casada, mãe, que como profissão a biofarmácia, teve sua vida difundida como já mencionado anteriormente no ano de 1983, quando sofreu duas tentativas de homicídio levadas a efeito pelo companheiro. Logo na primeira, o agressor deixou a sua esposa paraplégica, pois o ato foi cometido enquanto a mesma dormia, e seu companheiro alegou ter sido uma investida de assalto na residência que deflagrou a esposa tal situação. Mesmo já tendo um grande histórico de denúncias contra o companheiro reclamações muitas vezes infrutíferas, não desistiu e após dezoito anos e seis meses de violência físicas, psicológicas, estigmas e medos, seu companheiro foi condenado e preso, no entanto só cumpriu pena de dois anos, ganhando a liberdade logo após.

Devido a toda essa contextualização, este caso tomou grande proporção midiática no Brasil e no mundo, despertando um sentimento de justiça diante das impunidades vividas por Maria da Penha.

Seguidamente, o caso supracitado chegou até a Comissão de Direitos Humanos, que se posicionou de forma favorável aos direitos femininos, compelindo o Brasil à edição de uma lei que protegesse com estratégias legais as mulheres brasileiras, adotando medidas cabíveis e penas mais graves nos casos de violência no âmbito familiar. O início dessa trajetória foi no Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e no Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)[2]. Assim, foi feita uma formalização pela vítima Maria da Penha mediante uma denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) contra o companheiro (BRASIL, 2012).

A respectiva denúncia gerou a necessidade de utilizar um Protocolo Facultativo do mecanismo adicional do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW, para dar prosseguimento nas ações, o que deflagrou significativos debates pelo consórcio das ONG's (Advocacy, Agende, Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA), Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/Ipê) e Themis), ganhando enorme repercussão internacional a solicitação da Maria da Penha, fazendo com que o Brasil cumprisse em criar uma legitimação para defesa jurídica das mulheres do país. Ademais o Brasil já tinha assinado na Convenção de Belém do Pará em 09 de junho

de 1994, que iria criar mecanismos legais do direito para proteção das mulheres que sofriam com violência no país.

A contextualização dessa situação vivenciada pela vítima, aponta que a impunidade e morosidade da justiça fizeram com que o caso chegasse à Comissão Interamericana de Direitos Humanos através de denúncias de organizações feministas e da própria Maria da Penha (ALVES, 2006).

Em agosto de 2006 foi sancionada pelo Presidente Lula o documento que apresentou inovações para a administração dos casos respectivos de violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

Além disso, a criação da Lei também buscou dar visibilidade social às violências sofridas, acompanhada de uma ideia de condenação às agressões por parte da sociedade como um todo (VASCONCELLOS, 2015, p. 20).

As principais medidas que entraram em vigor conforme Vasconcellos (2015, p. 67-68) foram:

1. Legislação específica acerca dos conflitos violentos domésticos/familiares perpetrados contra a mulher. A tipificação e definição da violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo as formas pelas quais pode ser perpetrada (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral);
2. Os delitos abrangidos pela tipificação de violência doméstica e familiar contra a mulher deixam de ser considerados "de menor potencial ofensivo", logo, deixam de ser administrados pelos Juizados Especiais Criminais;
3. A Lei prevê a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, os quais passam a ser responsáveis pela administração do conflito como um todo: além de dar conta do âmbito penal dos casos, estes juizados passam a possuir como atribuição o processamento das questões de natureza cível que permeiam estes conflitos, administrando separações, guarda e visitação de filhos comuns, pensões e divisões de bens comuns;

4. Torna-se proibida a aplicação de penas pecuniárias de multas (como cestas básicas para instituições de caridade) para os casos abarcados pela Lei Maria da Penha;

5. Volta a ser obrigação da autoridade policial a elaboração de inquéritos policiais para a apuração dos casos, deixando de serem utilizados os Termos Circunstanciados;

6. Depois de realizado o registro das ocorrências policiais referentes aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, não é mais possível a desistência da denúncia por parte da mulher em situação de violência. Com a entrada em vigor da Lei 11.340/06, a renúncia passa a ser possível somente na presença da autoridade judicial;

7. Com a Lei Maria da Penha, passam a ser previstas medidas para a proteção das vítimas (as medidas protetivas de urgência, que podem ser de afastamento ou proibitivas), as quais possuem como objetivo a prevenção do acirramento das violências sofridas pelas mesmas, bem como a ocorrência de novos casos;

8. Passa a ser possível a decretação da prisão em flagrante e prisão preventiva dos agressores, dependendo dos riscos enfrentados pelas vítimas de violência doméstica e familiar;

9. A violência doméstica e familiar contra a mulher passa a ser considerada, pelo Código Penal, como agravante da pena a ser aplicada;

10. Ocorre o aumento da pena máxima para os delitos de lesão corporal ocorridos no espaço doméstico e familiar, que passa a ser de três anos, acrescido de mais 1/3 nos casos em que a vítima é portadora de deficiências;

11. Passa a ser possível a determinação do comparecimento obrigatório dos agressores a programas de recuperação e reeducação.

Apesar de ter sido criada a lei que desse uma proteção maior para as mulheres, elas ainda se mostram fragilizadas e desprotegidas devido a cultura existente na qual o homem tem o total poder sobre o outro sexo.

2.3.Noções Procedimentais em hipótese de violência doméstica

A CF de 1988 preconiza a igualdade entre os cidadãos, em que a dignidade da pessoa humana é um dos valores fundamentais, porém, quando se trata dos gêneros masculino e feminino existe uma disparidade cultural em virtude da forte influência do patriarcalismo, na qual a mulher ainda é vista como um ser submisso e objeto do homem, o que contribuiu para os significativos registros de violência doméstica.

Diante de uma intervenção internacional, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 11.340/06. Em seu escopo trouxe características protetivas que visam cumprir a efetivação de igualdade legitimada na Constituição Federal, no sentido de proteger as mulheres vítimas de violência doméstica.

As contribuições da LMP foram delimitações fundamentais para abranger o país através dos seus artigos 5º e 7º, respectivamente no que se refere a violência doméstica.

Art. 5º para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Os pressupostos legais para mudar o quadro existente sobre os tratamentos inadequados que ocorriam contra a mulher quando buscavam ajuda nas delegacias antes da Maria da Penha.

Conforme Dias (2007):

A autoridade policial lavrava um termo circunstanciado e o encaminhava a juízo, no qual a audiência preliminar, todavia, era designada cerca de três meses depois, e a vítima sentia-se pressionada a aceitar acordos ou a desistir de representar. Assim, o agressor tinha declarada extinta a sua punibilidade, saindo ileso, sem antecedentes, pois pagaria no máximo uma cesta básica.

A partir da promulgação da LMP, foram introduzidas no ordenamento jurídico do Brasil garantias que assegurasse à vítima, uma proteção policial que viabilizasse a adoção de medidas protetivas:

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida (BRASIL, 2006).

Ao cumprir o art. 10, caberá ao policial efetuar a prisão em flagrante por violência doméstica. Seguidamente o art. 11, no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências (BRASIL, 2006):

I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Cabe a ordenação jurídica garantir a mulher em situação de violência doméstica mediante os serviços prestados da Defensoria Pública de forma gratuita nos termos da lei, através de um trabalho humanístico. Ressalta-se que as leis que objetivam a proteção da mulher agredida por violência doméstica tiveram avanços significativos no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4 Projeto de Lei nº 13.505

A Lei Nº 13.505, de 08 de novembro de 2017, acrescentou dispositivos a dispositivos à Lei nº 11.340, para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino.

A respectiva lei passou a vigorar instituindo acréscimos nos artigos 10-

A, 12-1 e 12-B:

Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados.

§ 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência

doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:

I - Salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar;

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas;

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida;

II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial;

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a gravação e a mídia integrar o inquérito.

Art. 12-A. Os Estados e o Distrito Federal, na formulação de suas políticas e planos de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, darão prioridade, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias

Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher (BRASIL, 2017)

A Lei foi sancionada pelo presidente Michel Temer e um dos pontos que foi vetado estava delimitado na autorização que permitia aos delegados aplicar medidas protetivas nos casos em que houvesse risco para a mulher.

Nesse passo foi estabelecido o direito da mulher vítima de violência doméstica mediante o atendimento policial especializado. Os serviços devem ser ininterruptos e de preferência executado por servidores do sexo feminino. Ademais, as diretrizes devem prever as vítimas a integridade física, psíquica e emocional.

Entretanto foi previsto que as mulheres não tenham contato com os investigados, testemunhas, suspeitos ou pessoas depoentes, de modo que, devem ter um recinto projetado e adequado. Para tanto, para tanto devem ser criadas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams) e Núcleos Investigativos de Femicídio.

2.5. As medidas protetivas

Nessa interface a Lei 11.340/06 preceitua em seu artigo 22 o leque de possibilidade das medidas protetivas, quais sejam:

- a) Suspensão do porte ou posse de arma de fogo, tendo em vista que o autor usa de modo "operandis" a arma para alvejar a vítima levando- a óbito;
- b) Afastamento do local de convívio, pois assim a vítima terá mais segurança em relação ao agressor;
- c) Proibição de determinadas condutas entre as quais:
- d) A aproximação com a ofendida e contatos com a família da vítima, para que esta não sofra importunações;
- e) E por último a prestação de alimentos, pois, por maioria as mulheres são dependentes financeiramente de seus cônjuges (BRASIL, 2006).

Essa contextualização apresenta as medidas que tem como objetivo dar proteção às mulheres, cabendo a elas e a quem tiver notícia de agressões relatar o

caso ao Ministério Público ou a Delegacia especializada para que as providências cabíveis e legais sejam efetivadas através das medidas protetivas.

Nesse segmento a "vítima poderá pedir as providências necessárias à justiça, a fim de garantir a sua proteção por meio da autoridade policial, e o delegado de polícia deverá encaminhar, no prazo de 48 horas, o expediente referente ao pedido" (PRESSER, 2014).

Seguidamente o delegado deverá representar no prazo de 48 horas as medidas protetivas ao juiz, no mesmo prazo este deverá tomar ciência e decidir se concederá ou não a medida de urgência. Porém, com a demanda que tem o judiciário este prazo de 48 às vezes não é o suficiente para o magistrado conceder as cautelares pleiteadas pela e neste interstício temporal a vítima acaba por sofrer reiteradas agressões tendo desfecho em casos corriqueiros a morte da mulher.

Significativos casos de violência contra a mulher ocorrem a todo instante, e são problemas de ordem social, por se tratar de uma questão universal que se encontra presente independentemente da situação financeira ou cultural. Com a Lei Maria da Penha o combate a violência procura-se garantir a segurança das vítimas.

As medidas protetivas visam garantir a possibilidade de reduzir esse quadro de agressão, sendo fixadas em regra, pelo juiz ao determinar a proteção da vítima. O mecanismo para solicitação deve ser feito primeiramente através do registro de um boletim na Delegacia de Polícia, na qual irá incumbir ao juiz o dever de no prazo de até 48 horas após o recebimento do requerimento da vítima ou do Ministério Público.

Tais medidas independem de classe social ou raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, cabendo assim a todos aqueles que se enquadram como vítima de violência doméstica a preservação de viver sem violência com dignidade (CUNHA; PINTO, 2008).

As medidas protetivas se dividem em: medidas que obrigam o agressor e medidas protetivas à ofendida.

No que se refere as medidas que obrigam o agressor, elas estão instituídas no Artigo 22 no qual delimita que ao ser constatada a prática de violência doméstica

e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2006), entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação

judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 2006).

Referente as medidas para auxílio e amparo da ofendida estão legitimadas nos artigos. 23 e 24, da Lei Maria da Penha. Na qual determina:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo (BRASIL, 2006).

A vítima, ao registrar a ocorrência da prática de violência doméstica pode requerer separação de corpos, alimentos, vedação de o agressor se aproximar-se da vítima e de seus familiares ou que seja ele proibido de frequentar determinados lugares (DIAS, 2007, p. 80).

Destarte, os artigos 18 e 19, frisam as medidas protetivas em casos de violência:

Art. 18- Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;

III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º: As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º: As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a

qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º: Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público (BRASIL, 2006).

Ressalta-se que as medidas asseguram a manutenção da saúde física, psicológica, emocional e moral da mulher e que se encontra nessa situação de vulnerabilidade e eminente sofrimento;

2.6.Os avanços e possibilidades das Medidas Protetivas

Com o perpassar de 13 (treze) anos da instituição da Lei Maria da Penha, grandes discussões viabilizaram o debate e a reflexão sobre as diversas formas de violência contra os direitos a dignidade e igualdade das mulheres vitimizadas por seus companheiros.

Muitas lutas e campanhas de conscientização ocorreram para que houvesse o reconhecimento desse problema por todos da sociedade. Entretanto destaca-se que alguns avanços foram efetivados para proteção das mulheres, dentre eles, principalmente a criação dos Juizados de Violência Doméstica Familiar contra a mulher. Esses juizados possuem competência cível e criminal, as ações prestadas são gratuitas. Outro ponto significativo foi a previsão de um abrigo seguro para as mulheres e filhos, além do direito da manutenção do vínculo empregatício caso a mesma precise se ausentar.

Além disso, cabe ao juiz determinar ao agressor a participação em programas de recuperação e reeducação, visando a mudança comportamental.

Podendo também decretar a separação de corpos, fixar alimentos, bem como adotar medidas outras como suspender procuração outorgada ao agressor e anular a venda de bens comuns (art. 24). A Lei proíbe a aplicação de pena pecuniária, multa ou a entrega de cesta básica (art. 17) e permite a prisão preventiva do ofensor (art. 20) (DIAS, 2007, p. 25).

Contudo os avanços com a entrada da nova Lei nº 11.827/19 em nosso ordenamento jurídico, que alterou a Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha podem ser apontadas como medidas que se tornarão mais benéficas à vítima dos atos de violência doméstica, pois, em muitas cidades do interior do Brasil não há comarca ou delegacia para o respectivo atendimento.

Nesses casos geralmente as vítimas ficavam desassistidas pelo poder judiciário, conseqüentemente pela busca do direito de proteção na maioria efetivar uma denúncia ou levar o caso ao conhecimento da autoridade policial, sendo que, essa demora no deslocamento poderia custar a vida da vítima. Porém com a nova lei, a celeridade da tramitação das medidas protetivas irá resguardar os direitos das mulheres.

Ressaltando que o suporte jurídico e punitivo preconizado pela Lei nº 11.827/19 permite a adoção de políticas públicas criadas para a mulher no sentido de asseverar a segurança, a proteção, é os direitos humanos. De forma que o poder público preserve os cuidados para as mulheres de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão pelos seus agressores.

2.7.Perspectivas a partir da vigência da Lei nº 13.827/19

No dia 13 de maio de 2019, foi publicada no Diário Oficial da União, com vigência imediata, a Lei nº 13.827, que alterou a Lei Maria da Penha, em que autoriza a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade judicial ou policial, para as mulheres que vivem em situação de violência doméstica e familiar.

A Lei n. 13.827 prevê em seu artigo 1º que a alteração da Lei Maria da Penha visa autorizar a concessão de medida protetiva de urgência pela autoridade policial, sendo acrescido na Lei n. 11.340/06 o art. 12-C, II e III, que o delegado de polícia e policial são legitimados para concederem as medidas protetivas (FOUREAUX, 2019).

Nota-se, portanto, que o legislador se referiu à autoridade policial como gênero, dos quais são espécies os policiais civis e militares.

Conforme Foureaux (2019), o delegado de polícia, para conceder a medida protetiva no município em que atua não pode ser da sede de comarca. Caso se trate

de outro policial (civil ou militar), é necessário que além do município não ser sede de comarca, não haja delegado disponível no momento da denúncia, por qualquer motivo (férias, licença, dificuldades de contatar o delegado plantonista etc).

Dessa forma, a autoridade legítima para conceder as medidas protetivas serão conforme Foureaux (2019): o escrivão, o Agente de Polícia e do Soldado ao Coronel da Polícia Militar. Para concessão da protetiva de urgência o servidor não pode ser da sede da comarca em razão da distância e tramitação em remeter para o juiz os autos.

Assim, para o autor os pressupostos para a concessão da medida protetiva pelos policiais, são:

- a) Risco atual ou iminente à vida ou à integridade física;
- b) Vítima mulher ou seus dependentes;
- c) Situação de violência doméstica e familiar;
- d) Legitimidade condicionada da autoridade policial.

Diante do exposto, também cabe a autoridade policial afastar imediatamente o agressor de perto da vítima, solicitando a saída da residência o que viabiliza que as medidas protetivas se tornem um aparato significativo para a segurança das mulheres que sofrem com a violência doméstica no Brasil.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao chegarmos nas considerações finais desta pesquisa, podemos observar que apesar de significativas conquistas alcançadas pelas mulheres no que se refere ao direito, ainda ocorrem constantemente casos de agressão contra as mesmas pelos companheiros dentro do lar.

Apesar do Brasil ter legitimado em 2006 a Lei nº 11.340 denominada Lei Maria da Penha, que instituiu a segurança, a proteção e a penalidade dos agressores, hodiernamente inúmeros casos são registrados de violência doméstica.

Grande parte das mulheres violentadas sofrem caladas e têm vergonha da exposição, e por isso, não solicitam medidas protetivas. Essa omissão por vezes pode ser o termômetro para o óbito futuro da mesma.

A violência de gênero trata de um problema de cunho social, ademais viola os direitos humanos previstos na Constituição Federal de 1988.

Todavia ressaltamos que o Presidente Jair Messias Bolsonaro sancionou a Lei nº 13.827/19 que prevê a celeridade das medidas protetivas pela autoridade judicial ou policial para dirimir a violência doméstica no Brasil para a mulher e seus dependentes.

Dessa forma, acredita-se que as vítimas se sentirão mais seguras e protegidas, visto que as medidas protetivas poderão auxiliar na solução do quadro existente de vítimas, bem como, diminuir esse pensamento de desigualdade de gênero na sociedade contemporânea.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício da Mota. **Lei Maria da Penha**: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n.1133, 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>. Acessado em 15 de mai. 2019.

ARISTÓTELES, A. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes.1991.

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

_____. **Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha). Brasília, DF: Senado Federal. 2006.

_____. Maria da Penha. **Brasília. 2012. Disponível em:**

<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/04/maria-da-penha->. Acessado em

11 de mai. 2019.

_____. Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017. **Brasília. 2017.**

_____. Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019. **Brasília. 2019.**

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 2 ed. ver., atual. ampl. São Paulo: Juspodium, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FOUREAUX, Rodrigo. A Lei nº 13.827/19 e a aplicação de medidas protetivas de urgência pelas autoridades policiais. **2019. Disponível em:**
<https://jus.com.br/artigos/73964/a-lei-n-13-827-19-e-a-aplicacao-de-medidas-protetivas-de-urgencia-pelas-autoridades-policiais>. Acessado em 24 de mai, 2019.

MINAYO, M. C. S. ASSIS, S. G. DESLANDES, S. F. SOUZA, E. R. **Possibilidades e dificuldades nas relações entre ciências sociais e epidemiologia.** Cien Saude Colet. 2003.

PRESSER, T. **Medidas Protetivas às vítimas de Violência Doméstica.** DN DIREITO NET. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8563/Medidas-protetivas-as-vitimas-de-violencia-domestica>. Acessado em: 02 de dezembro de 2018.

RIFIOTIS, Theophilos. **Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento:** repensando a. Revista Katalysis, v. 11, p. 225-236, 2008.

TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher.** São Paulo: Brasiliense, 2002.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **Punir, Proteger, Prevenir? A Lei Maria da Penha e as limitações da administração dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal.** Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2015.

[1] José Eustáquio de Melo Junior. Professor Mestre, da Faculdade Serra do Carmo.

[2] O referido comitê fazia parte do Consórcio Feminista que era formado pelas seguintes instituições: CEPIA (Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação); CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria); CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher); THEMIS (Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero).

O SUS E A SAÚDE DO IDOSO

LEIA PEREIRA SALES: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

RAMILLA MARIANE SILVA CAVALCANTE^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O envelhecimento populacional e o aumento da expectativa de vida formam uma convergência demográfica mundial, ocasionando uma série de resultados, principalmente de ordem econômico-social, além de colocar novos desafios para as famílias, à comunidade e o Estado. Trouxeram para o núcleo do debate a questão da solidariedade entre gerações, quer seja pelo provisionamento de recursos financeiros, ou pela provisão de cuidados. Cumpre entender que o envelhecimento é processo dinâmico e progressivo que provoca diversas e expressivas alterações biológicas, psicológicas e sociais. Tais mudanças podem ocasionar diminuição da capacidade de adaptação do indivíduo ao ambiente, causando maior vulnerabilidade e aumento de processos patológicos que podem levar à morte; O Sistema Único de Saúde – (SUS) é a política pública de maior inserção social e fruto de vários episódios históricos dentro de um contexto político-social, que conduziu para a maior conquista da sociedade representada pela saúde como direito de todos e dever do estado. Dito isso, busca-se nesse estudo tratar do papel da Defensoria e MP-Ministério Público, desenvolvido em defesa da saúde do idoso.

PALAVRAS CHAVES: Idoso; Envelhecimento; Direitos sociais; Saúde.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. SUS: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 3. O SURGIMENTO E IMPORTÂNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO. 2.1 - Lei n. 3.385, de 27 de julho de 2018: implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. 4. O SUS E A SAÚDE DO IDOSO. A DEFESA PELA SAÚDE DO IDOSO É DE RESPONSABILIDADE DA DEFENSORIA E MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A atuação (e omissão) do Brasil no setor da saúde carrega, desde o descobrimento até os dias atuais, as tendências políticas e econômicas de cada momento histórico vivenciado, não sendo possível dissociar a evolução da política de saúde pública brasileira do contexto econômico e político que vigia em cada período, cujas influências dos interesses das classes dominantes (desde os coronéis do café até o empresariado e integrantes dos poderes políticos) geraram entraves e dificuldades, ainda hoje sentidas, na busca pela edificação de um sistema de saúde efetivamente público, igualitário e universal.

A prestação dos serviços de saúde pública, antes da criação do SUS, estava vinculada à condição em que se encontrava o cidadão, se contribuinte previdenciário ou não. Em sendo trabalhador formal, contribuinte, portanto, integrava a parcela da população que dispunha de uma rede de atendimento em saúde (clínico, ambulatorial e hospitalar) oferecida pelo INAMPS. Para a outra parcela da população classificados como não contribuintes previdenciários, a assistência à saúde estava limitada aos poucos serviços prestados pelas instituições filantrópicas. Havia, portanto, uma verdadeira cisão social no que tange ao acesso da população aos serviços e atendimentos em saúde disponíveis no país (OCKÉ-REIS, 2016).

A saúde passou, então, a ser direito de todos os cidadãos assegurados pelo Estado por meio da elaboração de políticas públicas e destinação de recursos específicos a fim de cumprir com esse novo propósito – o de levar a assistência médica (prevenção, promoção e recuperação) aos mais longínquos rincões brasileiros (AGUIAR, 2015). Mas, será que os idosos têm preferência no atendimento? Qual seria o papel do Estado perante questões que envolvem a saúde da população idosa?

A preocupação com o envelhecimento, no país, até o momento parece não ter importância, ao passo que as políticas se mostram inexpressivas. Ademais, ainda que a garantia de renda para a subsistência dos idosos mostra-se um avanço, a situação está distante de chegar a um cenário ideal com políticas públicas bem estruturadas e consolidadas. Há a necessidade da realização de um estudo e

mapeamento para obter dados a respeito dos idosos dependentes e de suas necessidades.

A Lei 10.741/03, do Estatuto do Idoso, foi clara em tratar sobre a modalidade asilar, afirmando tais políticas públicas de atendimento ao idoso, para os necessitados estarem inseridas na Lei 8.842/94, no entanto foi omissa ao trazer redação sobre os cuidados de longa duração não asilar.

Diante disso, busca-se nesse estudo tratar do papel da Defensoria e MP-Ministério Público em defesa da saúde do idoso.

I – SUS: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O cenário político-econômico no Brasil desde seu descobrimento influencia algumas áreas sociais, como a educação, trabalho e saúde, tema central do presente trabalho. Em cada momento histórico é possível verificar que os interesses políticos e econômicos influenciam o sistema único de saúde (SUS), dificultando a eficiência desse sistema tão importante para a população brasileira, principalmente para classes de menor poder econômico, pois os interesses das classes (dominantes) com maior influência parecem prevalecer sobre o interesse da população. (OCKÉ-REIS, 2016)

Diante dos interesses da elite, predominarem sobre todos os outros, a partir da década de 70 é possível verificar que recursos destinados à saúde serviam meramente para o sistema de cura, ineficaz e não para erradicação das doenças, isso se dá por conta da não logística utilizada para destinação de recursos, com equipamentos e técnicas de ponta. Com isto, os cofres se esvaziaram em pouco tempo. Somando ao desprestígio do Ministério Público, não demorou muito para que ocorresse uma desvalorização da saúde no país com os escassos recursos que serviam apenas para atuar em âmbito coletivo. O sistema de saúde no Brasil era organizado de maneira ineficiente e precária. Tinha um cunho internacionalizado, de pouco alcance social e de alta densidade de capital. Em linhas gerais isso quer dizer que dos recursos destinados, a maior parte era destinada de forma errônea, para um menor número de assistidos, ao passo que a outra e maior parcela da população sofria com os poucos recursos destinados. Destarte, a população brasileira era vista como consumidora dos serviços de saúde, ou de pequena parte. (OCKÉ-REIS, 2016)

Antes da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), o serviço de saúde público era vinculado à contribuição previdenciária, se contribuinte do sistema este dispunha de atendimento ambulatorial, clínico e hospitalar, oferecido pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), já os demais cidadãos que não contribuíam com a previdência, tinham assistência limitada oferecida por assistências filantrópicas. Existia uma verdadeira cisão no que tange a população e os serviços assistenciais médicos prestados. Com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) a saúde torna-se um direito de todos os cidadãos, e não só de parte da população, direito este garantido pelo Estado, por meio de políticas públicas e verbas específicas destinadas com o fim de promover, prevenir e recuperar a saúde de todos os cidadãos brasileiros. No mês de agosto de 1990 o Congresso Nacional aprovou a Lei 8.142/90, considerada a primeira Lei Orgânica da Saúde, trazendo em seu bojo vários vetos executivos, mas que com a aprovação da segunda Lei Orgânica da Saúde no mês de dezembro do mesmo ano, os demais dispositivos foram aprovados. (AGUIAR, 2015)

Em breves linhas, dispõe a Lei 8.080/199076, sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, regulando, ainda, as ações, a organização e o funcionamento dos serviços de saúde em todo o país. No seu art. 4º, consta expresso que esse novel sistema compreende “o conjunto de todas as ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, de administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público”, além da participação da iniciativa privada, em caráter complementar. Dela depreende-se uma nova concepção sobre o conceito de saúde, a qual passa a ser produto de uma série de variáveis como “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso a bens e serviços essenciais” (art. 3º), cuja combinação traduz o que vem a serem as condições e a qualidade de vida existente no país, superando a tradicional visão da saúde como ausência de doença, logo, há um rompimento das condições pré-estabelecidas para acesso aos serviços da saúde pública assegurado pelo Estado brasileiro, em que todos os cidadãos, sem distinção, têm direito à saúde que passa a ser um direito fundamental humano, sendo dever do Estado, promover medidas sociais e econômicas para alcançar a igualdade e universalidade do direito primordial – a saúde. (WAILLA, 2018).

II - O SURGIMENTO E IMPORTÂNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO

O constituinte brasileiro conferiu à dignidade da pessoa humana o status de princípio fundamental, de modo a subordinar a velha concepção do patrimonialismo, marcante em nossa legislação infraconstitucional, a valores existenciais. Dessa forma, todas as pessoas têm assegurado um espaço de integridade moral, pelo simples fato de existirem. O princípio da dignidade está intrinsecamente relacionado à liberdade, aos valores do espírito e às condições básicas de subsistência, na Constituição Federal tem à família^[2], proteção especial oferecido pelo Estado, nesse sentido, a Carta Magna concedeu especial proteção à população infanto-juvenil, aclamando a doutrina da proteção integral, que tem por objetivo essencial atender ao melhor interesse do menor. O art. 227 da Constituição Federal atribui à sociedade, à família e ao Estado o dever de assegurar com prioridade os direitos fundamentais da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, opressão, crueldade e exploração. A mesma tutela protetiva foi deferida aos idosos, por constituírem igualmente um segmento mais vulnerável da população. Novamente reparte-se entre a família, a sociedade e o Estado o dever de ampará-los, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (CF/88, art. 230) (LEMOS e ZABAGLIA, 2004).

A mesma proteção que o Estado confere a criança e ao adolescente deve conferir a terceira-idade, devendo implementar e promover políticas públicas e programas comunitários. Algumas dessas políticas públicas podem ser verificadas no dia a dia, tais como a concessão de transporte coletivo gratuito aos maiores de 65 anos, previsto no art. 230, §2º da Constituição Federal, bem como o benefício de um salário-mínimo que preencha os requisitos mínimos, como a insuficiência para subsistência. (GODINHO, 2010)

A Lei 8.842/94, que trata sobre a política nacional do idoso, criou o Conselho Nacional do Idoso, por sua vez, a Lei 10.741/03, dispõe sobre o Estatuto do Idoso, o qual traz em seu bojo os direitos fundamentais da terceira idade e trata sua tutela, além de organizar a política de atendimento, além de complementar e aperfeiçoar o diploma legal anterior. (AGICH, 2008).

Perante o Estatuto do Idoso em seu art. 1º da Lei 10.741/03, considera-se idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Já no art. 3º determina a comunidade, sociedade, família e Poder Público o dever prioritário de assegurar aos idosos o direito a vida, alimentação, saúde, moradia, cuidado,

educação, esporte, cultura, dentre outros direitos não menos importantes. A prioridade torna-se elemento importante na prestação dos serviços públicos, assistenciais médicos, jurídicos ou administrativos. Tais direitos, institutos e prioridades tem o intuito de garantir às pessoas da terceira idade a dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal, uma vez que nessa idade os riscos de violação dos direitos são altos. (MOTTA, 2006).

III. O SUS E A SAÚDE DO IDOSO

Com o envelhecimento, muitas tarefas do cotidiano consideradas banais e, portanto, de fácil execução, poderão paulatinamente e, muitas vezes, de forma imperceptível, tornarem-se cada vez mais difíceis de serem realizadas, até que o indivíduo perceba que já se encontra dependente de outra pessoa para auxiliá-lo.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) elaborou uma Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) em virtude do impacto na diminuição da capacidade funcional dos idosos na assistência à saúde que procurar relacionar as doenças e suas causas. Com a avaliação é possível verificar as limitações e dependências dos indivíduos, podendo ser verificado quais cuidados são necessários ao idoso considerado dependente por conta de alguma funcionalidade, incapacidade ou estado de saúde. (BERNARDI, 2012).

O Conselho Nacional de Saúde, em maio de 2012, aprovou a Resolução 452, estabelecendo que a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) seja utilizada no Sistema Único de Saúde (SUS) e na Saúde Suplementar. Dispõe também sobre a necessidade do desenvolvimento de políticas públicas em saúde que destaquem a funcionalidade e a incapacidade humana em todos os ciclos de vida para pessoas com ou sem deficiência e que tenham caráter intersetorial, em especial, com a educação, previdência social, assistência social, trabalho e emprego.

O paradigma central da CIF é a mudança de um olhar focado na doença para um olhar voltado para a funcionalidade humana, privilegiando os aspectos positivos das condições de saúde (BUCHALLA, 2003). Desse modo, a agenda das políticas públicas brasileira deveria priorizar a manutenção da funcionalidade dos idosos, não necessariamente centrada na doença, mas no monitoramento das condições de saúde.

A autonomia pode ser conceituada como a habilidade de controlar, lidar e tomar decisões pessoais sobre como se deve viver diariamente, de acordo com suas próprias regras e preferências; já a independência é entendida, em geral, como a habilidade de executar funções relacionadas à vida diária, ou seja, a capacidade de viver independentemente na comunidade com alguma ou nenhuma ajuda de outros.

Conforme, os doutrinadores Louvison, Rosa e Barroso, (2016), cumprem ressaltar, que os problemas da dependência não são associados apenas às doenças ou ao envelhecimento, podem também ser produzidos por outros fatores familiares, culturais e ou econômicos, como por exemplo, a apoio, a resiliência, a acessibilidade e diferentes condições pessoais; em setembro de 2014, o Relatório Mundial de Alzheimer, pesquisado pelos Professores Matthew Prina e Maëlenn Guerchet publicado em Londres pelo Observatório Global para Envelhecimento e Cuidados de Demência afirma que um dos maiores desafios da saúde pública na atualidade são as doenças mentais, tal como a Doença de Alzheimer, sobre tal tema os autores asseguram, existir mais de 35 milhões de pessoas com a doença de Alzheimer e estimam que este número poderá dobrar até o ano de 2030 e até 2050, este número poderá ser três vezes maior.

Já o número de pessoas idosas com necessidades de cuidados passará de 101 para 277 milhões (45% desse total seriam de pessoas com 60 anos ou mais). Em recente estudo, constatou-se que a Doença de Alzheimer é “a principal causa de dependência funcional, institucionalização e mortalidade entre a população idosa, e associada a vários fatores de risco como doenças cardiovasculares, obesidade, diabetes e hiperlipidemia” (TEIXEIRA et al., 2015, p. 2).

Os pesquisadores Teixeira et al., (2015) esclarecem, no entanto, que outros fatores podem ser responsáveis pelo aumento da incidência da doença, como idade, sexo, baixa escolaridade, depressão e alterações genéticas. Segundo Alves (2007), observa-se uma tendência de crescimento no número de idosos com doenças crônicas, sendo que a incapacidade para as Atividades Básicas de Vida Diária (ABVDs) e /ou Atividades Instrumentais de Vida Diária (AIVDs) tende a se agravar com o passar do tempo para essas pessoas, caso não haja nenhum tipo de controle ou acompanhamento dessas doenças.

Em 2008 os Resultados da Pesquisa Nacional de Amostras por Domicílio (IBGE, 2010) apontam que, 31,3% do total da população afirmaram ter pelo menos uma doença crônica, o que correspondia a 59,5 milhões de pessoas. Vale notar que o aumento da faixa etária faz crescer o número de doenças declaradas pelas pessoas. Até a faixa de 14 a 19 anos de idade, o percentual de pessoas que afirmaram ter três ou mais doenças era próximo de zero; para a faixa de 50 a 64 anos, esse número crescia para 17,1%; e para aqueles com 65 anos ou mais chegava a 28,3%. Dentre as pessoas com 60 anos ou mais de idade, 14,2% apresentavam incapacidade funcional para a realização das ABVDs.

Camarano (2014, p. 606) narra que o número de idosos brasileiros que necessitarão “de cuidados prolongados poderá crescer de 30% a 50% entre 2010 e 2020, dependendo de melhorias (ou não) nas condições de saúde e autonomia”. Portanto, o envelhecimento populacional, a mudança nos arranjos familiares, à redução do número de filhos e o aumento na proporção de idosos funcionalmente dependentes são fatos que necessitam de uma atenção maior por parte de todos, afirma ainda que “com o envelhecimento surgem diversas condições que caracterizam o idoso como indivíduo frágil expondo-o a diversas comorbidades principalmente pela redução fisiológica”.

E o principal sistema que é acometido nessa fragilidade é o sistema cardiovascular que sofre principalmente com o enrijecimento das artérias o que resulta no aumento da pressão e aumento do pé, e pós-carga cardíaca. Em conjunto a bomba cardíaca do indivíduo idoso perde a tonicidade e a força de contração podendo ser acompanhada de mau funcionamento das válvulas cardíacas e semilunares além do mau funcionamento e da assíncrona do nodo sinusal.

As doenças cardíacas representam cerca de 70 (setenta) a 80 (oitenta) por cento das mortes em indivíduos, de ambos os sexos, com mais que 60 anos de idade, enquanto que a insuficiência cardíaca congestiva (ICC) é a condição que mais encaminha idosos para o serviço de saúde. Outro fator epidemiologicamente relevante é a doença coronariana, caracterizada por obstrução das artérias coronárias, esta patologia acomete 15% dos homens com mais de 70 anos e 9% das mulheres com mais de sete décadas de idade, ressalta-se que o envelhecimento não é o único culpado, outras comorbidades seguem este processo e adicionam mais chances de se desenvolver doenças coronarianas, como o habito de fumar por exemplo. (MARINHO, 2012).

Juntamente com o diabetes e com a obesidade, o aumento da disponibilidade de lipídios na corrente sanguínea pode resultar no desenvolvimento de dislipidemias que são distúrbios no metabolismo lipídico causado tanto no tecido adiposo como no fígado e é responsável por aumentar a quantidade de colesterol de baixo peso molecular responsável por formas às placas de ateroma e prejudicar o fluxo sanguíneo em determinada parte do corpo.

É correto afirmar que a dislipidemia é uma das principais responsáveis pela indução de eventos arterioscleróticos tanto no coração como em outras partes do organismo, no entanto, a condição que verdadeiramente dispara este processo é a hipertensão arterial sistêmica. A hipertensão faz com que o sangue se choque com grande força sobre o vaso sanguíneo, principalmente os mais tortuosos. A questão é que o tecido que mais apresentam este tipo de vaso é o próprio coração, que é o órgão mais acometido por doenças ateroscleróticas. A colisão do fluxo sanguíneo com o vaso lesa esta estrutura, evento que dispara cascatas de coagulação e migração de moléculas de gordura de baixo peso molecular e macrófagos para o local da lesão. Estas células imunes irão fagocitar os lipídios tornando-se células gordurosas e irão ser aprisionados pela rede de coagulação. O conjunto destes três integrantes é que forma a placa de arteriosclerose e limita o fluxo sanguíneo para uma determinada parte do coração provocando o infarto agudo do miocárdio (TEIXEIRA et al., 2015).

A principal maneira de se evitar estes eventos predisponentes dos distúrbios cardíacos é manter uma dieta regrada, sem exageros e manutenção da atividade física, em ritmo constante e adequado.

Com o aumento da expectativa de vida e das complicações cardiovasculares em indivíduos com mais de 70 anos de idade vem sendo cada vez mais comuns à aplicação de métodos cirúrgicos para a correção da função cardíaca destes indivíduos. Uma vez que a chance de sobrevivência e adicionalmente a melhora da qualidade de vida vem sendo cada vez mais perceptível nesta população.

IV. A DEFESA PELA SAÚDE DO IDOSO É DE RESPONSABILIDADE DA DEFENSORIA E MINISTÉRIO PÚBLICO

A legislação especial protetiva do idoso foi elaborada com o propósito de melhorar a sua qualidade de vida. Para tanto, o Estatuto prevê normas que

asseguram um atendimento prioritário à população idosa no tocante à “efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária” (Lei n. 10.741/03, art. 3º) (GODINHO, 2010).

Segundo o art. 3º, parágrafo único, da Lei 10.741/03, os direitos compreendem a garantia de prioridade de atendimento pela família e nos órgãos públicos e privados, de forma individualizada, preferência das execuções de programas e políticas públicas destinadas ao idoso, recursos destinados especialmente à proteção do idoso, viabilidade do convívio do idoso com pessoas das demais faixas etárias, acesso aos serviços de assistência social e saúde, próximos, dentre outros.

Há que se observar a responsabilidade objetiva do Sistema Único de Saúde – SUS, conforme estabelece o artigo 927 do Código Civil, aquele que causar dano, deve repará-lo, diante do texto, fica clara a responsabilidade do Estado em reparar o idoso quanto aos erros na prestação do serviço, faz-se necessário apenas à comprovação do dano e que este decorreu da falha na prestação do serviço. Cabe ao Estado, ente federativo responsável por garantir a saúde, conforme preleciona o art. 196 da Constituição Federal, figurar no polo passivo, devendo apenas observar se a instituição que deu causa é de responsabilidade do Município, Estado ou Federação.

O inc. V, ao priorizar o atendimento do idoso por sua família em detrimento do atendimento asilar, elucida o papel da família na assunção das obrigações legalmente impostas. Seguindo essa orientação, o art. 37 do Estatuto prevê o direito da pessoa idosa de morar com sua família natural ou substituta, se assim o desejar. Caso não o deseje, poderá residir desacompanhado de seus familiares, o que abre a possibilidade para o acolhimento em instituição pública ou privada (AGICH, 2008).

De acordo com Godinho (2010) há que se observar e frisar a importância do poder de escolha do idoso representa o respeito ao seu direito à liberdade e o reconhecimento da sua autonomia. Nessa esteira, o direito à liberdade compreende também a participação na vida familiar e comunitária, reforçando a ideia do Estatuto de valorizar e proteger os vínculos familiares e comunitários, presentes na Lei 10.741/03, em seus art. 10º, §1º, V e 44. No entanto, sendo a família ou o próprio

idoso carente de recursos financeiros, ele deverá residir em entidade de longa permanência, conforme prevê a mesma Lei em seu art. 37, essa situação também poderá ser deflagrada, quando verificada inexistência de grupo-familiar, casalar ou em caso de abandono. De toda sorte, uma das linhas de ação da política de atendimento ao idoso compreende serviços de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência (Lei 10.741/03 art. 47, IV).

Em caso de abandono moral ou material por parte dos familiares, o Ministério Público deverá ser acionado pelas entidades de atendimento, para que possa tomar as providências cabíveis na forma do (Lei 10.741/03 art. 50, XVI). Constitui crime, apenado com detenção de seis meses a três anos e multa, “abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado” A Lei 10.741/03 em seu artigo 37 estabelece que as instituições voltadas para o atendimento ao idoso devem manter identificação externa visível, sob pena de interdição, além de atender a toda a legislação pertinente. Ao abrigarem os idosos, as instituições têm que manter padrões de habitação compatíveis com as suas necessidades e provê-los com alimentação regular e higiene indispensável às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei (PEIXOTO, 2006).

O Ministério Público exerce papel essencial na defesa dos direitos dos idosos, sendo-lhe conferidas distintas funções, dentre as quais se destaca a alçada para: “promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida, e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos dos idosos em condições de risco” (LEI n. 10.741/03, art. 74, II) (AGICH, 2008). As instituições de longa permanência têm obrigação de preservar os vínculos entre o idoso e seus familiares e, por isso, devem oferecer acomodações apropriadas para o recebimento de visitas (LEI n. 10.741/03, art. 50, VI e VII). Os Conselhos do Idoso, o Ministério Público, a Vigilância Sanitária e outros previstos em lei são responsáveis pela fiscalização dessas entidades (LEI n. 10.741/03, art. 52).

Importante diferenciar a responsabilidade social do Estado da responsabilidade de saúde, pois são completamente diferentes perante as políticas nacionais. Enquanto a responsabilidade social acontece com o cumprimento e

efetivação dos itens elencados no art. 3º da Constituição Federal, com os objetivos de tornar o meio social justo, livre e solidário, garantir o desenvolvimento nacional por meio de planejamento, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais por meio de ações e políticas públicas e, acabar com o preconceito e discriminação, seja por raça, cor, sexo ou idade.

Enfim, a responsabilidade social do governo é aquela que deriva do fiel cumprimento dos objetivos fundamentais de nossa República, como primar pela liberdade e solidariedade da sociedade, garantindo a ela desenvolvimento justo, com o propósito de erradicar desigualdades, eliminando preconceitos, e, por consequência, a fome e a pobreza que resultará no fim da marginalidade. (Biasioli, 2002)

Já a responsabilidade do Estado para com a saúde trata-se de um direito fundamental de todos os cidadãos, devendo o Estado, por meio de ações positivas viabilizar a qualidade de vida e bem estar da sociedade. Para Ladeira:

“direito à saúde configura-se como direito social prestacional que objetiva assegurar à pessoa humana condições de bem-estar e de desenvolvimento mental e social livre de doenças físicas e psíquicas”. (Ladeira, 2009)

A Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (Portaria 2.528/2006) vem para trazer respostas e suprir as lacunas frente a saúde dos idosos, devendo haver uma readequação e elaboração dos programas de saúde pública a fim de atender as demandas da população idosa em virtude da diminuição das capacidades físicas e mentais que impactam diretamente na vida cotidiana. Conforme dispõe em texto é:

A finalidade primordial da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa é recuperar, manter e promover a autonomia e a independência dos indivíduos idosos, direcionando medidas coletivas e individuais de saúde para esse fim, em consonância com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. É alvo dessa política todo cidadão e cidadã brasileiros com 60 anos ou mais de idade. (PORTARIA Nº 2.528 DE 19 DE OUTUBRO DE 2006).

Mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições decentes, o Estado irá cumprir com o seu dever de garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde (LEI n. 10.741/03, art. 9). O idoso deve ter ascensão universal e igualitária à assistência preventiva, protetiva e de recuperação por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS LEI n. 10.741/03, art. 15). O atendimento geriátrico e deontológico em ambulatórios é uma das medidas previstas para prevenção e manutenção da saúde do idoso, sendo essas áreas de especialização responsáveis por dirigir a reabilitação a fim de diminuir as sequelas decorrentes do agravo da saúde. Também há previsão para o atendimento domiciliar, o que inclui a internação para aqueles que necessitem e se encontrarem impossibilitados de se locomover (GODINHO, 2010).

O atendimento domiciliar contempla igualmente os idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público. Os idosos têm direito ao provimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público, em específico os de uso continuado, assim como aos recursos relativos ao tratamento, à habilitação ou reabilitação (LEI n. 10.741/03, art. 15, §2º). Quanto aos planos de saúde, há vedação expressa para cobrança de valores caracterizados em função da idade. Nos termos da lei, os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante podem dispor de atendimento especializado (LEMOS e ZABAGLIA, 2004).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como abordado durante todo o trabalho, é de responsabilidade do Estado garantir a saúde do idoso, de forma efetiva, por meio de programas e políticas públicas. Antes da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), o sistema de saúde existente era Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) voltado para o atendimento aos contribuintes previdenciários, segmentado e limitando o atendimento ao público.

Com a ideia de democracia e dignidade da pessoa trazidos na elaboração e constituição da Carta Magna em 1988, nasceram juntos os primeiros esboços para a criação de um sistema único de atendimento médico-hospitalar, mas foi somente em 1990 que houve a regulamentação, que deu origem ao Sistema Único de Saúde, com a Lei 8.080/90 tendo como escopo diminuir a desigualdade social no atendimento de saúde para todos, sem nenhuma distinção e de forma gratuita.

O SUS foi criado não apenas com o intuito de igualar o atendimento a todos, mas também para promover, informar, criar ações preventivas, controlar remédios, opinar, executar, fiscalizar, dentre outras funções. Além disso, tem um cunho social, sendo um deles a saúde do idoso.

Com o envelhecimento da população brasileira, outras preocupações surgem, como cuidado com o envelhecimento, a qualidade de vida e saúde dos idosos com dignidade. A maneira estabelecida pelo Estado para o alcance desse bem comum, é efetivação de políticas públicas, que visam proteger e promover a vida e saúde dos idosos que carecem de tantos cuidados.

No entanto, não é o que se vê nos dias de hoje, podendo tal fato ser constatado com a falta de medicamentos nos postos de saúde, falta de médicos, ausência de políticas de prevenção e outras medidas necessárias e regulamentadas.

Os resultados das pesquisas desenvolvidas ao longo deste trabalho mostram que a proteção estabelecida em Lei no que concerne a saúde do idoso, não pode ser verificada na prática, o que se vê é lesão às garantias dadas pela Constituição Federal, as leis infraconstitucionais, normas e regulamentações, isso se dá, inicialmente, em virtude dos interesses políticos e econômicos, que parecem sempre interferir no bom andamento dos sistemas, secundariamente, por pequenos recursos destinados a saúde, uma vez que a demanda se mostra muito maior do que os recursos disponíveis fragilizando ainda mais quem é mais vulnerável no caso específico o idoso.

REFERÊNCIAS

AGICH, George J. Dependência e autonomia na velhice: um modelo ético para o cuidado de longo prazo. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Loyola. Centro Universitário São Camilo, 2008.

AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). SUS: antecedentes, percurso, perspectivas e desafios. São Paulo: Martinari, 2015.

BERNARDI, Bruno Boti. Trajetória (path dependence): definições e controversiasteóricas. Perspectivas, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun. 2012.

BERZINS, Marília Viana; BORGES, Maria Claudia (Orgs.). Políticas públicas para um país que envelhece. São Paulo: Martinari, 2012.

BIASIOLI, Marcos. O Governo e Sua Responsabilidade Social. São Paulo, 2002.

BUCHALLA, Cassia Maria. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Acta Fisiátrica, v. 10, n. 1, p. 29-31, 2003.

CAMARANO, Ana Amélia (Org.). Novo regime demográfico: uma nova relação entre população e desenvolvimento? Rio de Janeiro: IPEA, 2014.

DEBERT, Guita Grin. A reinvenção da velhice: socialização e processos dereprivatização do envelhecimento. São Paulo: Universidade de São Paulo / FAPESP, 2012.

GODINHO, Robson Renault. A proteção processual dos direitos dos idosos. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. O Conselho Nacional dos Direitos do Idoso na Visão de seus Conselheiros. Relatório de Pesquisa. Projeto Conselhos Nacionais: perfil e atuação dos conselheiros. Brasília: IPEA, 2012.

INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. PNAD 2009 – Primeiras análises: tendências demográficas. Brasília: IPEA, 2010. n. 64, p. 19, 22 e 23.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos. São Paulo, p. 105-127. 2009.

LEMOS, Maria Tereza Toríbio Brittes; ZABAGLIA, Rosângela Alcântara (Orgs.). A arte de envelhecer. Saúde, trabalho, afetividade e estatuto do idoso. Rio de Janeiro: UERJ, 2004.

LOUVISON, Marília Cristina Prado; ROSA, Tereza Etsuko da Costa; BARRO-SO, Áurea Eleotério Soares (Orgs.). Velhices: experiências e desafios nas políticas do envelhecimento ativo. São Paulo: Instituto de Saúde, 2013.

MAIO, Ladya Gama. Pessoa Idosa Dependente, Juruá Editora, 2016.

MARINHO, Alexandre et al. Avaliação de eficiência em sistemas de saúde: Brasil, América Latina, Caribe e OCDE. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. Texto para Discussão, n. 1.784

MOTTA, Alda Britto da. "Chegando pra idade". In: BARROS, Myriam Moraes Lins de (Org.). Velhice ou Terceira Idade? 4. ed. Rio de Janeiro: FGB, 2006.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. SUS, o desafio de ser único. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2016.

PEIXOTO, Clarice. Entre o estigma e a compaixão e os termos classificatórios: velho, velhote, idoso, terceira idade... In: BARROS, Myriam Moraes Lins de (Org.). Velhice ou Terceira Idade? 4. ed. Rio de Janeiro: FGB, 2006.

TEIXEIRA, Jane Blanco; SOUZA JUNIOR, Paulo Roberto Borges de; HIGA, Joelma; THEME FILHA, Mariza Miranda. Doença de Alzheimer: estudo da mortalidade no Brasil, 2000-2009. Cadernos de Saúde Pública [online]. v. 31, n. 4, p. 850-860, 2015.

WAILLA, Liane de Alexandre Wailla, SUS (Sistema Único de Saúde), Juruá Editora, 2018.

[1] Ramilla Mariane Silva Cavalcante, Graduada em Direito e Pós-graduada em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral.

[2] Cumpre salientar que, em atenção aos reclamos sociais, o texto normativo de 1988 rompeu com o monopólio jurídico da família legítima, com- posta pelo matrimônio, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descem- dentes como entidades familiares (CF/88, art. 226, §§ 3º e 4º).

VEDAÇÃO DAS HORAS INTINERE MEDIANTE A REFORMA TRABALHISTA

THAILLA FERNANDA BARBOSA DE SOUSA:
Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica
do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES ^[1]

(Orientador)

RESUMO: A Reforma Trabalhista promovida pela Lei 13.467/17 ensejou profundas alterações, modificando o texto da CLT, com inserções e revogações de artigos. O que trouxe o surgimento de divergência entre doutrina e jurisprudência consagradas em vários temas. Nas mudanças introduzidas pela Lei 13.467/17 encontram-se matérias relacionadas à jornada de trabalho. Para este estudo importa explicar o instituto das horas *intineres* antes e depois da reforma trabalhista. Relatar as regras de aplicação intertemporal do direito, em especial quanto ao instituto do direito adquirido. Expor os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o eventual direito dos empregados ao recebimento das horas *intineres*. Foi utilizado o método descritivo, visando discutir também de forma lógica dedutiva as regras de aplicação Intertemporal do Direito. Concluindo-se que existe jurisprudência favorável ao direito adquirido das horas *intineres* para os contratos celebrados antes da reforma produzir efeitos e que existe um confronto do artigo que suprimiu o direito das horas de percurso com artigos introdutórios da mesma norma, bem como tratados internacionais que possuem força de norma supralegal.

Palavras-chave: Direito Intertemporal; Direito Adquirido; Horas in Itinere; Jurisprudência; Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito do Trabalho e o instituto das horas *intineres* antes e depois da reforma trabalhista. 1.1 Conceito de Direito do Trabalho. 1.2 Características do Direito do Trabalho. 1.3 Denominação do Direito do Trabalho. 1.4 Divisões do Direito do Trabalho. 1.5 Instituto das horas *intineres* antes da reforma trabalhista. 1.5.1 Requisitos. 1.6 Instituto das horas *intineres* após a reforma trabalhista. 2. Aplicação intertemporal do direito ao instituto do direito adquirido. 2.1 direito intertemporal. 2.2. Eficácia intertemporal e o direito adquirido das

horas *intineres*. 3. Entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o eventual direito dos empregados ao recebimento das horas *intineres*. 3.1 A subsistência do direito às horas *intineres*. 3.2 Vedação do retrocesso social e o direito adquirido as horas *intineres*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os direitos dos trabalhadores começaram a ser discutidos após o fim da escravidão. O início das relações de trabalho e as consequentes contratações remuneradas foram marcados pela Revolução Industrial. Os trabalhadores eram sujeitos a condições precárias de trabalho e estas desencadearam greves e revoltas sociais. Foi diante deste cenário que começou a luta pelos direitos trabalhistas.

Em novembro de 2017 entrou em vigência a Reforma Trabalhista disposta pela Lei n.º 13.467/17, o que afetou drasticamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), principalmente no que tange o direito material e processual, tendo em vista que, modificou, inseriu ou revogou dezenas de artigos da mesma. No que se refere a tais modificações e revogações pode-se citar a vedação das horas *intineres*.

As horas *intineres* se caracterizavam no percurso do empregado quando se dirigia de sua residência ao local de trabalho e vice e versa. Verifica-se, no entanto que, para a computação da referida na jornada de trabalho, precisavam ser apreciados três elementos: a disposição de transporte pelo empregador, a difícil acessibilidade ao estabelecimento ou empresa e por último a falta de transporte público regular até o local de trabalho.

Tal instituto estava previsto no artigo 58 §2º da CLT, e também era regulado pela Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) onde aludia que as horas *intineres* eram computadas na jornada de trabalho, tendo este a sua primeira edição consolidada no ano de 1978.

O trabalho tem como problemática a Reforma Trabalhista bem como identificar possibilidades de resguardar o direito dos empregados com contratos de trabalho que foram assinados na vigência da CLT em que previa ou aplicava as horas *intineres*.

Desta forma o objetivo da pesquisa é verificar se os empregados que assinaram os contratos de trabalho na vigência da CLT que permitia o pagamento das horas *intineres* permanecem com esse direito mesmo após a reforma trabalhista; explicar o instituto das horas *intineres* antes e depois da reforma trabalhista; relatar as regras de aplicação intertemporal do direito, em especial quanto ao instituto do direito adquirido; identificar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o eventual direito adquirido dos empregados ao recebimento das horas *intineres*.

Para explicar o instituto das horas *intineres* antes e depois da reforma trabalhista será utilizado o método descritivo, visando discutir também de forma lógica dedutiva as regras de aplicação intertemporal do direito. Cumpre discorrer ainda que o estudo tem caráter qualitativo. Essa classificação explica-se tendo em vista que o objetivo da pesquisa científica não se restringe à análise ou computação de dados, mas trata de fenômenos.

1. DIREITO DO TRABALHO E O INSTITUTO DAS HORAS *INTINERES* ANTES E DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA

1.1 Conceito de Direito do Trabalho

Para conceituar existem três correntes. A primeira corrente é a subjetiva, que destaca as pessoas da relação de emprego, o empregado e o empregador. Ao se definir sobre a corrente subjetivista, com a habitualidade, fragmenta-se a fragilidade da condição pecuniária do empregado na relação jurídica. O Direito do Trabalho pode ser conceituado como “o conjunto de leis que consideram individualmente o empregado e o empregador, unidos numa relação contratual. [...] O sistema jurídico de proteção economicamente fraco na relação jurídica” (CESARIAJO JUNIOR, 1980 apud CASSAR, 2017, p. 04).

A segunda corrente é a objetiva, vislumbra o conteúdo do direito do trabalho, e não seus usuários. Não prioriza os agentes da relação jurídica, mas a lei, a área objetiva. Tem como laço condutor a prestação de trabalho subalterna, o instrumento do contrato de trabalho. Assim entende Messias Donato, defensor dessa corrente, que o direito do trabalho é um: “Corpo de princípios e normas jurídicas que ordenam a prestação de trabalho subordinado ou a este equivalente,

bem como as relações e os riscos que dela se originam”. (DONATO apud DELGADO, 2002, p.41).

É possível observar que não há como separar o entendimento subjetivista do objetivista, pois são comparadas a água e o vinho, e separar uma corrente da outra faz insuficiente o conceito para compreender o direito do trabalho em sua plenitude.

A terceira vertente majoritária na doutrina é conhecida como mista, pois aglomera as duas correntes acima, valorizando tanto as pessoas da relação de trabalho, quanto à lei que regula essa relação. Martins Catharino é defensor desta corrente:

É o conjunto de princípios e normas que regulam, principalmente, as relações imediata ou mediamente ligadas ao trabalho remunerado, livre, privado e subordinado, e, ainda, aspectos relativos à existência dos que executam. (CATHARINO apud CASSAR, 2017, p. 04).

Contudo, se observa críticas ao conceito do autor, pois, na ótica pós-moderna constitucional os princípios são formas do gênero normas. Não obstante, reiteradamente referia-se a princípios e normas onde poderia apenas citar “normas”, pois já estão expostas as regras, os valores e os princípios.

Além disso, o direito do trabalho é muito mais abrangente, há uma vasta acepção coletiva, social, com objetivos nacionais, internacionais e setoriais que querem a melhoria da condição social dos trabalhadores, o cuidado das minorias e dos hipossuficientes, a proteção da sociedade trabalhadora. Também tem a ótica e a abordagem econômica, quanto aos tributos e encargos trabalhistas, a globalização da economia, o mercado de trabalho e a possível consequência da flexibilização das obrigações trabalhistas para a sobrevivência da empresa.

Para Vólia Bomfim, o conceito do Direito do Trabalho é:

O sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadoras de serviço, para a tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrente, das relações de trabalho,

das medidas que visão a proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; a atuação de forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; a estabilização da economia social e melhoria da condição social de todos os relacionados (CASSAR, 2017, p. 04).

Assim, é ingênuo dizer que o direito do trabalho não pode ser visto apenas como aquele que guarda aplicação das leis trabalhistas e aplicação da CLT. Além desses limites, supera a visão individualista e coletiva e transborda pela visão econômica, política e social.

1.2 Características do Direito do Trabalho

A proteção do trabalhador é a maior característica do direito do trabalho, seja por regulamentação legal dos direitos mínimos da relação de emprego, ou por meio de projetos sociais utilizados e instituídos pela sociedade e o governo. Logo, seu conteúdo fundamental é o empregador e o empregado. Ante a perspectiva do direito coletivo do trabalho, sua principal característica se dá na procura de soluções e na pacificação dos conflitos coletivos do trabalho, do mesmo modo nas formas de representação através dos sindicatos. Alice Monteiro cita outros aspectos:

a) tendência *in fieri*, isto é, à ampliação crescente; b) o fato de ser um direito "tuitivo", de reivindicação de classe; c) o cunho intervencionista; d) o caráter cosmopolita, isto é, influenciado pelas normas internacionais; e) o fato de seus institutos jurídicos mais típicos serem de ordem coletiva ou socializante; f) o fato de ser um direito em transição. A essas características a doutrina estrangeira acrescenta a circunstância de ser limitativo da autonomia da vontade individual no contrato, ter como propósito principal a tutela do trabalhador e do economicamente mais fraco e ordenar o mundo do trabalho de acordo com

os princípios da dignidade humana, tendo em vista a paz social (MONTEIRO apud CASSAR, 2017, p. 6).

A gradual expansão exposta no texto acima foi destacada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no campo subjetivo ou pessoal onde o Direito do Trabalho se estende a um número cada vez maior de trabalhadores não empregados. O Direito do Trabalho é composto por um conjunto de normas que lutam pela valorização social do trabalhador, assim explica Vólia Bonfim (2017, p. 06). Não importa se é o empregado ou um trabalhador semelhante ao empregado, ou até mesmo, um desempregado a procura de um emprego.

No campo objetivo da ampliação do Direito do Trabalho, percebe-se um aumento no leque de direitos e vantagens destinados ao trabalhador. Isto porque a Carta de 1988 conferiu aos rurais o instituto do FGTS, salário-família, o adicional de periculosidade e insalubridade (de discutida aplicabilidade da Carta de 1988), enquanto para os domésticos, em sua redação originária, garantiu o aviso prévio, décimo 13º salário, salário mínimo, RSR, dentre outros institutos anteriormente destinados apenas aos urbanos. Além disso ampliou os benefícios dos empregados, tais como: seguro desemprego, 1/3 sobre a remuneração de férias, 40% sobre o FGTS em caso de dispensa imotivada (CASSAR, 2017, p. 06).

Com o crescente Direito do Trabalho a legislação passou a dar atenção para os trabalhadores empregados que buscam novas oportunidades de trabalho. Assim demonstra a Lei n.º 7.998/90, que regulamenta o inciso II do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, garantindo mais parcelas do seguro desemprego. Também para resguardar os desempregados, o artigo 373-A, I, da CLT proíbe a publicação de anúncios de empregos que contenha qualquer discriminação.

É necessário destacar que o conceito de Direito de Trabalho não sofreu mudanças, tampouco suas características. Após a Emenda Constitucional n.º 45/04, é sábio observar que houve uma ampliação da competência da Justiça do Trabalho, isto é, foi modificado apenas o tocante ao direito processual, relativos à competência e procedimentos. O Direito do Trabalho continua preocupado principalmente com a questão social do trabalhador subordinado.

É preciso observar que a expansão do campo de aplicação do Direito do Trabalho não se deve confundir com a ampliação da responsabilidade da Justiça do Trabalho, são matérias totalmente diferentes.

O caráter socializante do Direito do Trabalho vem inspirando todos os outros ramos do Direito, pois realça a finalidade social e caráter coletivo do Direito, menos preocupado, com outrora, com o individual e o patrimônio, abandonando o caráter privatista do direito comum. Por conta disso, a clássica inércia do Estado foi rompida pioneiramente pelo Direito do Trabalho para, através de uma legislação imperativa, garantir direitos mínimos e fundamentais à pessoa humana, adotando o princípio da proteção ao hipossuficiente (caráter tuitivo ou protetivo). Virtudes adotadas pelo Novo Código Civil (CASSAR, 2017, p. 07).

Também para explicar a supremacia do Direito Coletivo sobre o Individual, Vólia Bomfim diz:

A socialização dos direitos também está ligada às questões coletivas, já que a repartição dos problemas com toda a sociedade, demonstrando a necessária solidariedade que deve existir entre os agentes sociais que influenciam nas relações de trabalho (Estado x sindicatos x empresários x economia x trabalhadores) (CASSAR, 2017, p. 07).

O Tratado de Versalhes (1919) teve a preocupação em tratar sobre a unificação dos direitos mínimos do trabalhador, criando para tanto o artigo 427, previsto no referido tratado, permitindo uma harmonização entre os países, dando um caráter transnacional ao Direito do Trabalho.

1.3 Denominação do Direito do Trabalho

Muitas foram as denominações dadas ao Direito do Trabalho ao decurso do tempo: legislação operária, legislação industrial, legislação social e legislação trabalhista. Baseado no que diz Vólia Bomfim (2017, p. 08), foi com o Tratado de Versalhes, em 1919, após a 1ª Guerra Mundial, que consolidou a autonomia do

Direito do Trabalho e modificando a palavra “legislação” pelo termo “direito”. Assim ensejou nas novas denominações: Direito Operário na Constituição de 1937, Direito Industrial, Direito Corporativo, Direito Social, e Direito Trabalho que perdura até os dias de hoje. As duas primeiras nomenclaturas eram insuficientes por serem taxativas, reconhecendo apenas os operários e os trabalhadores de indústrias, excluindo as outras modalidades de trabalho, por exemplo: os trabalhadores do comércio, bancos, transportes, etc.

Logo após, por influência do Direito Italiano, surgiu o Direito Corporativo, explicando que a união dos trabalhadores era uma força que pressionava os empregadores, dando brilho à estrutura sindical. Mas o Direito do Trabalho transborda a nomenclatura do Direito Sindical ou corporativo, até mesmo coletivo, pois é uma disciplina muito importante para ser delimitada.

Neste sentido a denominação que permaneceu foi Direito do Trabalho, pois tratava das relações subordinadas de trabalho. Pensaram também em Direito Social, pois se tratava do direito social do trabalhador e da sua hipossuficiência.

1.4 Divisões do Direito do Trabalho

No que tange o Direito do Trabalho é importante salientar as duas esferas que compõem tal instituto, dividem-se em Direito Individual e Direito Coletivo. O Direito Individual se dá na construção de interesses concretos entre trabalhadores e empresários, sendo observados de forma individual. Outrora, o direito coletivo enfatiza os interesses abstratos de um grupo.

1.5 Instituto das horas *intineres* antes da reforma trabalhista

O artigo 58, § 2º, da CLT aludia que:

Art. 58. [...] § 2º. O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. [...] (BRASIL, 1943, s/p).

Para a efetivação desse instituto, e conseqüentemente a positivação do tempo à disposição do empregador, teve-se como resultado a construção

jurisprudencial trabalhista no âmbito do TST, a Súmula 90. Tal Súmula tratava a matéria de forma detalhada, nos seguintes termos:

Súm. 90. Horas in itinere. Tempo de serviço. Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, em condução fornecida pelo empregador, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho.

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera direito às horas in itinere.

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas in itinere.

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas in itinere remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público.

V - Considerando que as horas in itinere são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (BRASIL, s/a, s/p)

Consta-se, no item V da Súmula 90, que para referida computação na jornada de trabalho, deveria ser considerado no momento da remuneração, até mesmo para gerar horas extraordinárias. Ricardo Resende (2016, p. 361) exemplifica:

Roberto tem jornada contratual de 8h diárias, mas gasta 1h no trajeto casa/trabalho, sendo que o empregador fornece a condução e o local não é servido por transporte público regular. Logo, Roberto gasta 2h diárias de deslocamento (ida e volta), hora estas que são somadas à sua jornada de trabalho efetivo. Assim, Roberto tem jornada de trabalho de 10h pelo

que às 2h excedentes da jornada normal devem ser remuneradas como extraordinárias. Além disso, as horas in itinere, no caso, inibem a prestação de horas suplementares de trabalho, pois Roberto já cumpre diariamente o máximo de prorrogação (2h) (RESENDE, 2016, p. 361).

1.5.1 Requisitos

Para a configuração das horas *intineres*, se observaria dois requisitos:

- a) Local de difícil acesso ou não servido de transporte público regular.

É relevante destacar que não se exigia a presença dos dois requisitos, mas sim de uma das duas situações. Diante da definição do que venha a ser de difícil acesso, a doutrina majoritária entende que difícil acesso seria estabelecimento/empresa situado em área rural, e de fácil acesso o estabelecimento e/ou empresa localizada em área urbana. No entanto, Ricardo Resende (2016, p. 362) observa, de modo a entender, que a correlação de fácil acesso com área urbana e difícil acesso com área rural reproduz mera formação de presunções.

No tocante ao fato do local não ser provido de transporte público, há de se salientar que a redação do artigo 58, § 2º, da CLT, não mencionava o adjetivo regular, como fazia a Súmula 90, I, do TST. Ressalvadas a existência de transporte público, ainda ocorreria tempo à disposição do empregador (horas *intineres*) se o transporte fosse irregular.

Neste contexto, era importante estabelecer a distinção entre transporte regular e transporte insuficiente. Isto se dava porque a jurisprudência majoritária, consolidada na Súmula 90 do TST, trazia que a mera insuficiência de transporte não ensejava o pagamento das horas *intineres*.

Consideravam-se devidas as horas, quando o horário de trabalho do empregado era incompatível com o horário de transporte público regular, ou até mesmo quando a locomoção era fornecida pelo empregador, em conformidade com o próximo requisito.

Menciona-se a hipótese de um garçom que trabalha em uma churrascaria localizada em posto de abastecimento, às

margens de uma rodovia, ainda no perímetro urbano da cidade. Imagine-se que, apesar de o local ser servido de transporte público regular, o último ônibus passa às 23h, sendo que o próximo somente passará às 5h do dia seguinte. Se o horário de trabalho do garçom se estender até 2h e o empregador fornece condução para que ele volte para casa, ser-lhe-á devido o tempo in itinere referente ao deslocamento da volta (percurso/trabalho/casa) (RESENDE, 2016, p. 362).

Se houvesse transporte regular em parte do trajeto, seriam devidas as horas *intineres* apenas em relação ao tempo gasto no trajeto não servido por transporte público regular.

b) Condução fornecida pelo empregador.

Em consonância com o dispositivo legal (art. 58, § 2º, da CLT e a Súmula do TST), era indispensável para a computação das horas *intineres* que o empregador fornecesse condução para o empregado até o local de trabalho e vice e versa.

O fornecimento de condução poderia se dar direta ou indiretamente, de forma coletiva ou individual, bem como por qualquer meio de locomoção. E poderia também ser cobrado pelo empregador.

Neste seguimento, a Súmula 320 do Tribunal do Superior do Trabalho:

Súm. 320. Horas in itinere. Obrigatoriedade de cômputo na jornada de trabalho (mantida). Res 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para o local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, não afasta o direito a percepção das horas in itinere (BRASIL, s/a, s/p).

Por outro lado, se o empregado dispusesse de automóvel próprio para se dirigir ao local de trabalho, não receberia pelas horas *intineres*, mesmo que o

estabelecimento e/ou empresa fosse de difícil acesso ou não servido de transporte público regular.

1.6 Instituto das horas *intineres* após a reforma trabalhista

A discussão sobre os direitos trabalhistas perdura por décadas. Em 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com pretensão de proteger os trabalhadores contra jornadas excessivas, estabeleceu através da Convenção 1 o princípio da limitação da jornada de trabalho em 8 horas diárias, resultantes em 48 horas semanais, assegurando aos trabalhadores o pleno gozo das demais esferas que compunham o seu ciclo social.

A jornada de trabalho é o lapso temporal em que o empregado fica à disposição do empregador para realizar a prestação de serviços, de acordo com o contrato de trabalho entre eles firmado.

É necessário ressaltar que, a jornada de trabalho teoricamente está ligada a um módulo diário de prestação de serviços, não é correto falar em jornada semanal ou mensal. No entanto, na prática não há distinção entre esses termos, de forma que a CLT menciona a jornada de trabalho semanal em seu artigo 59, parágrafo 2º.

Dentre os elementos que compõem a jornada de trabalho há o trabalho prestado, o tempo à disposição do empregador e os intervalos remunerados previstos em lei. Dentro da perspectiva do tempo à disposição do empregador, se encaixava o instituto das horas *intineres*.

A denominada hora *intinere*, tinha por responsabilidade atender as necessidades dos trabalhadores nos seus processos de deslocamento de suas residências aos seus locais de trabalho. Aplicava-se diante dos seguintes requisitos: locais de difícil acesso ou não servidos de transporte público regular, ou quando a condução para o deslocamento era fornecida pelo empregador.

O artigo 1º da Lei 13.467/17 suprimiu o parágrafo 2º do artigo 58 da CLT e revogou o parágrafo 3º do mesmo artigo. Esse conjunto de modificações resultou na anulação das horas de percurso integrantes utilizadas pelo trabalhador durante sua jornada de trabalho. Deste momento em diante, seriam contabilizadas como horas de trabalho apenas o momento em que o empregado adentrasse e posteriormente iniciasse as suas atividades laborais na empresa, não se encaixando

as situações em que estivesse desenvolvendo assuntos pessoais que não fossem de exigência do empregador. Ex.: trocas de roupas, momentos de descanso, etc.

Delgado diz que:

Trata-se de urna óbvia perda para o trabalhador, especialmente aquele situado na área rural - em que as horas *in itinere* são mais comuns e relevantes -, traduzindo significativa redução de sua duração do trabalho juridicamente reconhecida, além de substancial redução de sua renda salarial (DELGADO, 2017, p. 122).

2. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL DO DIREITO AO INSTITUTO DO DIREITO ADQUIRIDO

2.1 Direito Intertemporal

O direito intertemporal é o ramo do direito que regulamenta a transição da lei antiga para a lei nova, onde a *novatio legis* deve assegurar os atos produzidos pela norma revogada, mas, como também, assegurar a evolução social e a modernização das leis. Tal instituto esta previsto no artigo 14 do Novo Código de Processo Civil com a seguinte redação:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Diante da omissão do legislador na redação da lei 13.467/17, na qual não tratou explicitamente sobre o direito intertemporal na transição da Reforma Trabalhista, será preciso utilizar o Código de processo Civil e outras fontes do direito para identificar os parâmetros de aplicação da norma antiga e da nova lei.

Os aspectos legais do Direito Intertemporal, aplicando às concepções após a Reforma Trabalhista, o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil, ressalta que as leis em geral não prejudicarão o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Como complementação o artigo 6º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), reforça que

mesmo que a lei em vigor tenha efeito imediato e geral, a mesma não poderá infligir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, preservando a estabilidade e o interesse do trabalhador que celebrou contrato anterior à Reforma.

Sabe-se, porém que, mesmo a diretriz sendo a irretroatividade, em alguns casos abre-se o consentimento para a retroatividade. Esta situação se aplica a casos essencialmente políticos ou de interesse social.

Para explicar, Élisson Miessa (2018, p. 62) expõem sobre três sistemas para a solução do problema dentro do processo do trabalho:

a) sistema da unidade processual: indica que o processo, embora possua diversos atos, é um corpo uno e indivisível, de modo que somente pode ser regulado por uma única lei. Assim, para que não haja retroatividade, aplica-se a lei antiga para todo o processo. b) sistema das fases processuais: informa que o processo, embora uno, é dividido em fases processuais autônomas (postulatória, instrutória, decisória e recursal), devendo a lei nova disciplinar as fases ainda não iniciadas c) sistema do isolamento dos atos processuais: reconhece a unidade processual, mas admite que o complexo de atos do processo possa ser visto de forma isolada para efeito de aplicação da nova lei. Dessa forma, a lei nova tem aplicação perante o ato a ser iniciado. (Miessa, 2018, p. 62)

O princípio citado acima, que configura a irretroatividade está ligado aos princípios trabalhistas, sendo eles o da Norma Mais Favorável e o da Condição mais Benéfica. O princípio da Norma Mais Favorável é caracterizado por seguir a norma que for a favor do empregado. Já a característica aplicada à Condição Mais Benéfica é configurada pela prevalência das circunstâncias mais vantajosas ao trabalhador.

Segundo Freitas, a condição mais benéfica:

Pressupõe alguns elementos, como (i) existência de condição mais favorável que é legal ou contratual, (ii) habitualidade na concessão de benesse, salvo quando o benefício foi concedido de forma expressa (oral ou escrito), (iii) concessão voluntária e incondicional e (iv) não haver

impedimento legal para sua incorporação ao contrato (FREITAS, 2017, p. 07).

O Princípio da Condição mais Benéfica é, em tese, o que impossibilitaria a disposição imediata da Lei 13.467/17 aos casos de contratos ainda pendentes em que previam/aplicavam as horas *intineres*.

2.2.Eficácia intertemporal e o direito adquirido das horas *intineres*

Com relação à eficácia intertemporal da reforma trabalhista, alguns doutrinadores explanam que, os contratos que findaram a relação jurídica material ou processual antes da vigência da reforma têm todas as garantias da norma antiga, seguindo nessa linha, já os contratos com relação jurídica material e processual firmados já com a reforma em vigor observará os efeitos da norma vigente.

Com relação aos contratos em curso, segundo Délio Maranhão citado por Roberto Dala Barba Filho (BARBA FILHO, 2017), diz que a reforma é de aplicação imediata para esses:

Assim, quando a lei modifica os institutos jurídicos, quando estabelece um novo estatuto legal, os contratos que estavam apoiados sobre um estatuto diferente perdem sua base: terão, fatalmente, de ser modificados. Ora, as leis do trabalho fazem respeito a um estatuto legal, ao estatuto da profissão. Em outros termos, o legislador, indiferente às condições do contrato, regula, diretamente, a situação dos trabalhadores. As leis do trabalho visam aos trabalhadores como tais, e não como contratantes. As consequências do fato passado (contrato em curso) são consideradas pela lei nova em si mesma, e não por um motivo relativo, apenas, àquele fato.

Dessa forma, entende-se que as alterações no direito material se aplicam aos contratos em vigor, pois os direitos com previsão legal não agregam ao patrimônio do trabalhador na qualidade de direito adquirido, a menos que o trabalhador seja assegurado por outros meios normativos, exemplo: os contratos individuais de trabalho. Assim as disposições contratuais agregam ao patrimônio jurídico das partes e estão guardadas na forma de ato jurídico perfeito, ou na forma

de direito adquirido, onde quaisquer alterações na fonte heterônoma não modificam os efeitos trazidos pelas variadas fontes de direito.

Jose Affonso Dallegrave Neto, citado por Roberto Dala Barba Filho (BARBA FILHO, 2017) explica de forma clara o tema em questão:

O que fora avençado diretamente pelas partes (norma autônoma mais favorável) deve ser tido como direito adquirido, integrando, pois, o patrimônio jurídico do empregado que se beneficiou de sua vigência ainda que por um período provisório[...] ao revés, as leis, sentenças normativas e demais fontes heterônomas que contemplarem direitos com expressa vigência transitória, não terão o condão de estenderem suas benesses ad perpetuam a seus destinatários. Em caso de silencia da lei no que tange ao seu prazo de vigência, presumir-se-á por tempo indeterminado; em se tratando de sentença normativa o prazo máximo presuntivo será bienal.

Pode-se tomar como exemplo a revogação do direito as *horas intineres* para explicar que, os contratos constituídos antes da nova lei tinham uma expectativa de direito ao que se refere às *horas intineres*, nesse caso, se o trabalhador não estiver gozando desse direito desde a da lei revogada, não haveria o que dizer em direito adquirido. Já por outro lado, os trabalhadores que laboravam utilizando as *horas intineres* farão jus do direito adquirido incorporado ao patrimônio jurídico.

Nesse Sentido, houve um julgado na 7ª turma do TRT da 3ª região. Que deu provimento ao recurso de sindicato para estender a condenação ao período contratual posterior a *vacatio legis* da reforma trabalhista. A relatora do acórdão, desembargadora Cristina Maria Valadares Felon, ao identificar os requisitos das *horas intineres*, asseverou:

No mesmo sentido, os contratos vigentes no momento em que editada nova legislação de direito material contam com a proteção da estabilidade das situações jurídicas consolidadas, a fim de preservar o direito adquirido já integrado ao patrimônio jurídico do empregado, a exemplo da interpretação acerca da alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade enunciada na Súmula 191, III, do TST, sendo assentado o entendimento de que "a alteração da

base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT" (grifei), em franca proteção ao direito adquirido do empregado admitido antes da lei nova. Assim, a Lei 13.467/17, que suprime o direito às horas "in itinere", não alcança os contratos em curso no momento de início de sua vigência (11/11/2017), tendo em conta o direito adquirido dos empregados de continuar a fruir o direito garantido pela lei anterior..

Reformo, em parte, para estender a condenação ao período contratual posterior à edição da Lei 13.467/17, desde que o contrato de trabalho tenha iniciado antes do início da vigência de referida inovação legislativa, mantidos os demais parâmetros fixados na sentença.

Francisco Jorge Neto e Jouberto Cavalcante, citado por Roberto Dala Barba Filho (BARBA FILHO, 2017), explicam a aplicação do direito intertemporal no direito do trabalho:

A adoção do princípio da irretroatividade implica: a) quanto aos fatos consumados (factapraeterita), tem-se que a sua regulação é disciplinada pela lei velha, não sendo afetados pela nova legislação. Os efeitos jurídicos destes fatos são disciplinados pela lei antiga, mesmo que sejam irradiados já na vigência da nova lei. Por fato consumado, compreenda-se a situação fática a qual tenha implementado todos os seus requisitos à época da vigência da lei antiga; b) no tocante aos fatos não consumados, ou seja, os fatos pendentes (factapendentia), a sua disciplina será regulada pela nova lei. Isso significa fazer que a lei nova é aplicável à situação jurídica ainda não totalmente constituída à época da lei antiga; c) os fatos novos serão totalmente regulados pela nova lei.

De forma simplificada os *factapraeterita* são todos os fatos que ocorreram anteriormente à vigência da nova lei, nos quais os atos foram regulados ainda pela lei antiga, no qual se aplica o direito existente à época de sua constituição. Os *factapendentia* define os casos onde já existia uma relação jurídica antes da nova lei, no qual passaram existir nos termos da lei em vigor. *Facta futura* entende-se por todos os fatos cometidos com base na nova lei. Exemplo da reforma trabalhista, todos os contratos feitos após o *vacatio legis* da lei 13.467/17 são regulados com base o novo direito material.

3. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE O EVENTUAL DIREITO DOS EMPREGADOS AO RECEBIMENTO DAS HORAS *INTINERES*

3.1 A subsistência do direito às horas *intineres*

Em meio às varias modificações impostas pela Reforma Trabalhista, muito ainda discutem os doutrinadores, advogados, juízes e demais operadores do direito sobre a subsistência do direito as horas *intineres*.

É possível dentro de uma análise sistemática do ordenamento jurídico trabalhista, apontar que o artigo 58, §2º, da CLT, em sua redação atual, não se sustentará, ficando o referido paragrafo isolado e descontextualizado.

Cynthia Garciae Renato Janon explanam sobre:

Todavia, em uma análise sistemática, veremos que não é bem assim e que há inúmeros outros fundamentos para se reconhecer o tempo de transporte como tempo à disposição do empregador, superando a literalidade do art. 58, §o 2o, da CLT, norma que ficou isolada – e descontextualizada - dentro do sistema normativo que regula a duração da jornada de trabalho e sua respectiva retribuição. **(GARCIA & JANON, 2019)**

[...]

Começemos pelo princípio, com perdão do pleonasma. O atual art. 4º da CLT, em seu “caput”, expressamente estatui que “considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

[...]

No parágrafo segundo, o art. 4º da CLT excepciona as hipóteses em que o tempo gasto pelo empregado não deve ser considerado como à disposição do empregador, enumerando-as de forma taxativa: “I- práticas religiosas; II- descanso; III – lazer; IV – estudo; V-alimentação; VI; atividades de relacionamento social; VII – higiene pessoal e VIII – troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa”.

A fundamentação a cima citada mostra que o artigo 4º da CLT, disciplina de forma taxativa o tempo que não se considera à disposição do empregador, que não faz previsão as horas em percurso, elementos essenciais do contrato de trabalho, dessa forma, o artigo servirá de parâmetro para os artigos subsequentes.

Cynthia Garcia e Renato Janon, também explicam que, quando não há uma regra explícita se aplicará a regra geral:

Na medida em que o art. 4º. da CLT (norma que estabelece uma regra geral) não dialoga com o art. 58, §2º, a CLT (norma específica e mais restrita). Logo, se fôssemos aplicar a mesma técnica de exegese gramatical daqueles que defendem a aplicação literal do art. 58, §º, da CLT, poderíamos sustentar que o art. 4/CLT, ao não excluir o tempo gasto com transporte em seu parágrafo segundo, está reconhecendo que o período de deslocamento integra o contrato de trabalho e deve ser considerado como à disposição do empregador, conforme diz o seu “caput”. Em resumo, se não excluiu, é porque integrou, ou seja, prevalece a regra geral

quando não há exceção explícita - “ubilex non distinguit nec nos distinguere debemus” **(GARCIA & JANON, 2019)**.

O Ministro Maurício Godinho Delgado, em obra conjunta com Gabriela Novaes Delgado, obtempera que:

A eliminação das horas in itinere do ordenamento jurídico não afeta, entretanto, o conceito de tempo à disposição no ambiente de trabalho do empregador e, por consequência, de duração do trabalho. Embora a má redação do novo texto do § 2º do art. 58 da CLT eventualmente induza à compreensão de que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o trabalhador concretiza a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do estabelecimento empresarial, tal interpretação gramatical e literal conduziria ao absurdo - não podendo, desse modo, prevalecer” **(GARCIA & JANON, 2019. Apud DELGADO & DELGADO, 2017)**

Nesse contexto, não é só na legislação trabalhista que é possível identificar preceitos colidentes com o atual artigo 58, §2º, da CLT:

Na legislação previdenciária, o art. 21, inciso IV, “d”, da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social) prevê que os acidentes ocorridos no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado, serão considerados acidentes do trabalho por equiparação, de modo que, mais uma vez, vemos que o legislador optou por considerar que o período de deslocamento integra o contrato de trabalho, inclusive para fins de proteção acidentária, expondo mais uma contradição. **(GARCIA & JANON, 2019)**

Contudo, a interpretação do artigo não se limita apenas aos confrontos de artigos do mesmo sistema normativo, indo além, confrontado outros dispositivos de lei, como também os princípios que os antecedem.

3.2 Vedação do retrocesso social e o direito adquirido as horas *intineres*

Não por acaso o princípio constitucional da vedação do retrocesso social, que impede a supressão dos direitos sociais sem a correspondente contrapartida, pode-se apontar tal fato ao caso da eliminação das horas *intineres*, pela lei 13.467/17, que causou prejuízo ao trabalhador. Tal princípio repousa no artigo 5º, parágrafo segundo, e no artigo 7º, "caput", da Constituição Federal de 1988, incidindo também o artigo 26 do Pacto San José da Costa Rica.

O mesmo impede o retrocesso social amparado na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), tratado internacional que integra o ordenamento jurídico brasileiro desde a publicação do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992. Cynthia Garcia e Renato Janon (**GARCIA & JANON, 2019**) citam:

O artigo. 26 do Anexo contempla, de modo expresse, o princípio da vedação à estagnação social. Confira-se, in verbis: Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Procolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

A exclusão ao direito às horas *intineres*, também contraria, frontalmente, a OIT, que foi aprovada pelo Congresso Nacional e ratificada pelo governo brasileiro, dessa forma com força de norma Supralegal, estando acima de qualquer lei ordinária, como é o caso da Lei 13.467/2017. Dessa forma, há entendimento que, devido à lei ordinária contrariar um tratado internacional, ratificado pelo Brasil, ela deixa de ter eficácia normativa. (**GARCIA & JANON, 2019**)

Assim sendo, para assegurar o não retrocesso social, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), com fulcro no artigo 3º, alínea "c", da convenção no. 155 da OIT aprovaram o Enunciado 16 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho que dispõem:

16. HORAS DE TRAJETO:

Hipóteses de cômputo da jornada após a Lei 13.467/2017.

1. A estrutura normativa matriz do art. 4º da CLT contempla a lógica do tempo à disposição, não eliminada a condição de cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição e/ou necessidade irrefutável, e não de escolha própria do empregado, para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador, mantendo-se o parâmetro desenvolvido pela súmula 90 do TST, caso em que fará jus o trabalhador à contagem, como tempo de trabalho, do tempo de deslocamento gasto em trecho de difícil acesso ou sem transporte público por meio fornecido pelo empregador, na ida ou retorno para o trabalho. inteligência do artigo 3º, alínea "c", da convenção 155 da OIT.

2. Inaplicabilidade do §2º do art. 58 da lei 13.467/2017 ao trabalho executado na atividade rural.

Nesse contexto, a duração da jornada de trabalho é um direito fundamental, na qual a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 destaca no artigo XXIV: "Todo homem tem direito ao repouso e ao lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e as férias remuneradas periódicas", assim, dizer que o tempo gasto pelo trabalhador em transporte cedido pela empresa não configura tempo à disposição de empregador, demonstra que o artigo que suprime tal direito padecera como letra morta. (GARCIA & JANON, 2019)

Para melhor visualizar a continuidade do direito às horas *intineres* a pós reforma, ressalta-se o artigo 7º, alínea "b", da CLT, que diz de forma expressa, que o diploma consolidado não se aplica ao rurícola, prevalecendo a lei 5.889/73 e o Decreto nº 73.626/74, dando a entender que a exclusão de tal direito não se aplica ao trabalhador rural, ficando tal supressão atingindo apenas os trabalhadores urbanos.

Essa foi a linha de pensamento do Desembargador Lorival Ferreira dos Santos do TRT da 15ª Região, na qual foi o relator que deu provimento ao acórdão:

HORAS IN ITINERE - TRABALHADOR RURAL APÓS A LEI 13.467.17. Por força do que dispõe o artigo 7º, alínea "b" da CLT, essa norma não seria aplicável ao trabalhador rural. É bem verdade que a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 no art. 7º e seus incisos, estabeleceu direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem melhoria de sua condição social, porém não mencionou dentre tais direitos as horas de percurso. Por outro lado, é aplicável ao trabalhador rural a Lei 5.889/73, regulamentada pelo Decreto nº 73.626, de 12 de fevereiro de 1974, que em seu artigo 4º manda aplicar alguns dos regramentos da CLT ao rurícola, porém, não manda aplicar a esses trabalhadores a regra do artigo 58, da CLT em face as especificidades de horários do campo, a exemplo do retireiro, horário noturno etc. Logo, nos parece que a revogação das horas "in itinere" não alcança os trabalhadores rurais. Aliás, o próprio Governo, autor da Reforma Trabalhista, através do órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, editou a Portaria nº 1.087, de 28 de setembro de 2017, que em seu 3º considerando, diz expressamente que as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017, "por força de seu Art. 7º, deixou de fora de seu objeto as importantes categorias dos empregados rurais, dos empregados domésticos, dos servidores públicos e de autarquias paraestatais, - entre outros -, todos regidos por legislação própria;". Assim, restando comprovado nos autos se tratar de caso em que o local de trabalho é de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, continua devido o pagamento das horas "in itinere", até porque, o deslocamento se deu para atender a exclusivo interesse do empregador. Além disso, não se pode ignorar na análise desse tema a previsão do art. 4º., da CLT, que considera como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. De sorte que, o tempo de trajeto à disposição do empregador é perfeitamente aplicável, in casu, os termos do inciso I, da Súmula 90, do TST: Recurso não provido.

A propósito, seguindo na defesa das horas *intineres* o procurador-chefe do escritório do Ministério Público do Trabalho em Araraquara, Dr. Rafael de Araújo Gomes, expõem as peculiaridades do deslocamento no trabalho rural, que ensejaram na ação civil pública de sua autoria **(GARCIA & JANON, 2019)**:

O transporte concedido não corresponde a uma liberalidade ou comodidade fornecida pelo empregador, mas a um meio de produção, sem o qual a empresa não conseguiria desenvolver sua atividade, pois se veria absolutamente privada de mão de obra. O transporte é fornecido por estrita necessidade de serviço, pois do contrário os trabalhadores rurais jamais teriam condições de comparecer às fazendas nas quais as atividades de corte, plantio e trato cultural da cana são desenvolvidas, localizadas longe das cidades, em locais não atendidos por transporte coletivo. Nem mesmo o comparecimento à sua sede, onde está localizada a planta industrial, seria viabilizado, já que ela se situa a uma hora de caminhada do ponto de ônibus mais próximo, sendo que o transporte coletivo fornece poucos horários de ônibus, que são incompatíveis com os horários de trabalho praticados pela empresa.

A partir das premissas acima expostas, expomos que são devidos os pagamentos no que se refere ao tempo de disposição ao empregador na modalidade horas *intineres*, não tão somente aos trabalhadores rurais, mas também por equiparação aos trabalhadores urbanos que preenchem os requisitos tratados na súmula 90 do TST.

CONCLUSÃO

No presente artigo, tivemos como objetivo analisar se os empregados que assinaram os contratos de trabalho na vigência da CLT, que permitia o pagamento das horas *intineres*, permaneceriam com esse direito mesmo após a reforma trabalhista, observando o direito intertemporal e o direito adquirido.

A regra utilizada pelo nosso ordenamento jurídico quanto à eficácia intertemporal de normas materiais é o sistema de aplicação imediata, onde a lei produz efeito no momento em que entra em vigor.

Dessa forma, em regra, os dispositivos referentes ao direito material e processual do trabalho que foram alterados ou incluídos pela lei nº 13.467/17, serão aplicados imediatamente a partir da sua vigência, mas no que se refere às horas *intineres*, existe um acórdão da 7ª turma do TRT 3ª, dando provimento a continuidade do pagamento das horas *intineres*.

Quanto aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o eventual direito dos empregados ao recebimento das horas *intineres*, pode-se observar fragilidade literal do art. 58, §2º, da CLT, que não se sustenta diante de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico trabalhista, considerando os artigos 4º, da CLT, art. 21, inciso IV, "d", da Lei nº 8.213/1991, artigo 3º, alínea "c", da Convenção no. 155 da OIT, artigo XXIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e, principalmente, o princípio que veda o retrocesso social.

Contudo, é bastante consistente a garantia das horas *intineres*, não somente aos trabalhadores que fazem jus do direito adquirido, mas como também os novos contratos, celebrados na vigência da nova lei, sendo trabalhador rural ou urbano, desde que labore em local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular em horário compatível com sua jornada de trabalho e utilize condução fornecida pelo empregador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2017.** Dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 março. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 abril de 2019.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Súmula n.º 90, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-90>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. **Súmula n.º 320, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-320>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 03ª região. **Acórdão de decisão que deu provimento ao recurso de sindicato para estender a codenação ao período contratual à reforma trabalhista, em razão as horas in itinere.** Recurso Ordinário nº 0011625-53.2017.5.03.0090. Sindicato dos trabalhadores nas indústrias de extração mineral e de pesquisa, prospecção, extração e beneficiamento do ferro e metais básicos e demais minerais metálicos e não metálicos de itabira e região (1) e anglo American minério de ferro Brasil S.A. (2). Relatora: Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon. 21 de Setembro de 2018. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=232103&p_grau_pje=2&p_seq=11625&p_vara=90&cid=10122> Acesso em: 10 de abril de 2019

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região. **Acórdão de decisão que deu provimento HORAS IN ITINERE - TRABALHADOR RURAL APÓS A LEI 13.467.17.** Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo nº 0010011-81.2018.5.15.0142.CitroSucos S/A Agroindústria e Daniel Pinheiro da Silva. Relator: Desembargador LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS. 24 de Setembro de 2018. Disponível em:

<https://consultaprocessual.trt15.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/ListaProcessos.seam?numero_unic=0010011-81.2018.5.15.0142&cid=13653> Acesso em: 03 de abril de 2019

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região. **Ação Civil Publica**. Processo nº0010509-53.2018.5.15.0151. Autor Ministério Público do Trabalho. Reu RAIZEN ARARAQUARA ACUCAR E ALCOOL LTDA. Juiz do Trabalho: JOÃO BAPTISTA CILLI FILHO. 08 de Maio de 2018. Disponível em: <https://consultaprocessual.trt15.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1966678&p_grau_pje=1&p_seq=0010509&p_dig_cnj=53&p_ano_cnj=2018&p_vara=0151&cid=15756> Acesso em: 03 de abril de 2019.

BARBA FILHO, R. D. (19 de outubro de 2017). **Reforma trabalhista e direito material intertemporal do trabalho**. Acesso em 26 de março de 2019, disponível em Revista Jus Navigandi: <https://jus.com.br/artigos/61219>

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: São Paulo, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTR, 2017.

DELGADO, M. G., & DELGADO, G. N. (2017). **A reforma trabalhista no Brasil : com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr.

FILHO, R. D. (1 de Outubro de 2017). **JUS**. Acesso em 15 de Março de 2019, disponível em JUS.com.br: <https://jus.com.br/artigos/61219/reforma-trabalhista-e-direito-material-intertemporal-do-trabalho>

FREITAS, Cláudio Victor de Castro. **A Reforma Trabalhista e o direito intertemporal: aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre a aplicação da Lei 13.467/2017**. 2017. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srcguid=i0ad6adc500000167605e8a7b93e4cb0a&docguid=I19468d20b4af11e78983010000000000&hitguid=I19468d20b4af11e78983010000000000&spos=11&epos=11&td=14&context=39&crumb-action=append&crumb->

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 nov. 2018.

GARCIA, C. G., & JANON, R. d. (9 de Janeiro de 2019). **Horas in itinere após a reforma trabalhista. A Lei 13.467/2017 acabou com o direito às horas in itinere?** Acesso em 22 de Abril de 2019, disponível em Revista Jus Navigandi: <<https://jus.com.br/artigos/71019>>

MIESSA, É. (1 de Abr de 2018). **EFICÁCIA INTERTEMPORAL DA LEI Nº 13.467/17 NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.** *JusLaboris*, p. 62.

PANCOTTI, Heloisa Helena Silva; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo Arêa de. **A fundamentalidade dos direitos sociais e a inconstitucionalidade da nova jornada de trabalho. 2018.** Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rI&sruid=i0ad6adc500000167605e8a7b93e4cb0a&docguid=I5396d3806ef011e8aff501000000000&hitguid=I5396d3806ef011e8aff501000000000&spos=1&epos=1&td=14&context=25&crumb-action=append&crumb->

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 nov. 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOTA:

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br.

O ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS E SEUS REFLEXOS NO CENÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA DOS MUNICÍPIOS

PETRUSKA VEIGA SOARES: Servidora pública; Graduada em Letras Português/Inglês; Pós-graduada em Língua Portuguesa; Advogada; Especialista em Direito Administrativo; Articulista; Ativista na defesa do Meio Ambiente e pelos Direitos dos Animais.

RESUMO: Trabalho de revisão bibliográfica, de levantamento analítico, que apresenta o atual cenário envolvendo a atuação das Guardas Municipais no Brasil, a partir do Estatuto Geral das Guardas Municipais. Explicita o processo histórico de formação das Guardas Civis, sua previsão no § 8º do artigo 144 da Constituição Federal, analisando, de forma mais detida, a Lei Ordinária 13.022/14, que trouxe princípios mínimos de atuação, prerrogativas e competências para as Guardas Civis Municipais, discorrendo sobre os pontos de maior relevância do Estatuto. Elenca previsões infraconstitucionais e jurisprudências atinentes às Guardas, como o permissivo do Estatuto do Desarmamento, que concede porte de arma de fogo a Guardas Municipais, conforme número de habitantes do município, da capital ou região metropolitana, e decisões de Tribunais, que têm legitimado ações das Guardas Municipais, como recente entendimento de Ministro do Supremo Tribunal Federal visando à concessão de porte de arma a todos os agentes das Guardas, independentemente do número de habitantes dos municípios em que trabalhem, bem como a autorização para atuarem com poder de polícia sobre o trânsito. Ao final, menciona representatividade das Guardas Civis em órgãos nacionais de Segurança Pública, além de propostas legislativas no sentido de incluir essas corporações no rol do caput do art. 144 da Constituição, em visível processo de ampliação de competências das Guardas Civis, com indicativo de iminente tendência de municipalização da Segurança Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Guardas Municipais. Segurança Pública. Estatuto Geral das Guardas Municipais. Constituição Federal. Municipalização da Segurança Pública.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei Ordinária 13.022/14, o Estatuto Geral das Guardas Municipais, sancionada em agosto daquele ano e com aplicabilidade em todo o território nacional, diversas discussões têm surgido, tanto no meio político, quanto jurídico e, em especial, no âmbito da sociedade, acerca do mais adequado posicionamento desses agentes públicos na prestação dos serviços pelo ente municipal. Há entendimentos divergentes, ora no sentido de que as Guardas exercem atividade integrante da segurança pública, ora indicando que esses servidores estariam limitados à proteção dos bens, serviços e instalações municipais, nos termos do que preceitua o § 8º do artigo 144 da Constituição Federal.

O legislador da Constituição Cidadã, no Título V (Da Defesa Do Estado e das Instituições Democráticas), Capítulo III (Da Segurança Pública) da Carta Magna, elencou os órgãos responsáveis pela Segurança Pública, considerada dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Nesse contexto, está o § 8º do artigo 144 da citada Carta, que faculta aos municípios a criação de Guardas Municipais, visando à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme o que dispuser a lei.

Importante constar que as Guardas Municipais são instituições centenárias, existentes desde a fixação da Corte Portuguesa no Brasil, sendo seu primeiro registro oficial um Decreto de 1809, que criou a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia da Corte, embrião da Divisão Militar da Guarda Real no Rio de Janeiro, que, posteriormente, deu origem à Guarda Civil Municipal daquela cidade, a mais antiga corporação brasileira dessa natureza. O decreto do príncipe regente também permitiu a criação das Guardas Municipais Permanentes no Brasil, estendendo-se a todas as províncias, em razão da constatada necessidade de uma organização de caráter policial para o provimento da segurança e tranquilidade pública nas cidades.

Desde então, as Guardas Municipais passaram a atuar no cenário da Segurança Pública das cidades brasileiras, na condição de corporações policiais, destinadas a executar o policiamento ostensivo uniformizado, em conjunto com as demais forças, o que se deu até o Golpe Militar de 1964, quando o governo extinguiu as Guardas Cíveis.

Com a redemocratização do país e o advento da Constituição de 1988, primando sobre questões sociais e direitos humanos, as Guardas retomaram seu lugar na história e no arcabouço jurídico brasileiro, ficando a cargo dos municípios sua implantação, o que vem ocorrendo de maneira exponencial, recebendo essas corporações nomenclatura conforme dispositivo de sua lei de criação, atualmente vigorando termos como Guarda Civil Municipal (GCM), Guarda Municipal (GM), Guarda Metropolitana (GM) ou Guarda Civil Metropolitana (GCM).

Após a Constituição Cidadã e com o surgimento de legislação infraconstitucional também versando sobre as Guardas Cíveis, tais como o Estatuto do Desarmamento, que prevê o porte de arma de fogo para integrantes de Guardas Municipais, conforme quantidade populacional, foi sendo detectada uma lacuna jurídica quanto à normatização da atuação das Guardas, o que também foi fruto do anseio popular, já que os próprios cidadãos, organizações sociais e as entidades de classe ligadas às GCM's passaram a cobrar do legislador um posicionamento nesse sentido.

Dessa forma, em agosto de 2014, foi sancionada a Lei Ordinária 13.022, que disciplina o § 8º do artigo 144 da Constituição Federal, tratando-se de norma geral, aplicável a todas as Guardas Municipais brasileiras, devendo os municípios que queiram criá-las, fazê-lo por lei específica, estabelecendo normas de atuação desses servidores.

Com a ampliação das competências trazidas pelo Estatuto Geral das Guardas Municipais, somada ao efetivo exercício desses agentes no âmbito dos municípios, têm surgido controvérsias quanto à possível inconstitucionalidade da Lei 13.022/14, pelo fato de, em tese, conferir poder de polícia às GCM's, vez que prevê o policiamento preventivo, a condução de infratores até a autoridade policial, o uso progressivo da força, a atuação em eventos de grande porte, dentre outras, à frente explanadas.

Cabe frisar que este trabalho não tem o condão de questionar a ventilada inconstitucionalidade do Estatuto Geral, matéria que está sob apreciação do Supremo Tribunal Federal, mas somente objetiva apresentar o contexto histórico-jurídico de atuação das Guardas Municipais, as leis e decisões judiciais que reforçam a atuação dessas corporações, sua representatividade nos órgãos de Segurança, bem como o reflexo do trabalho das GCM's nos municípios, com indicadores de

uma possível municipalização da Segurança Pública, assim como ocorreu em áreas como a Saúde e a Educação, hodiernamente, geridas pelos entes municipais.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Metodologia

A metodologia empregada para a elaboração do presente artigo foi essencialmente de revisão bibliográfica, a partir de leitura analítica, tendo sido consultadas leis voltadas para o tema, como a Lei 13.022/14 e o Estatuto do Desarmamento, além de livros, jurisprudências, artigos e publicações, de doutrinadores, estudiosos do assunto e de órgãos como a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), o Serviço Único de Segurança Pública (SUSP), dentre os demais citados nas referências bibliográficas.

2.2 Breve Histórico sobre as Guardas Municipais no Brasil

Com a chegada da Corte Portuguesa no Brasil, “em razão da constatada necessidade de uma organização de caráter policial para o provimento da segurança e tranquilidade pública nas cidades”, deu-se início ao processo de criação das Guardas Municipais, sendo seu primeiro registro oficial um Decreto de 13 de maio de 1809, que criou a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia da Corte, embrião da Divisão Militar da Guarda Real no Rio de Janeiro, que, posteriormente, deu origem à Guarda Civil Municipal daquela cidade, a mais antiga instituição brasileira dessa natureza (LIMA, 2015, p. 188).

Desde então, embora eventualmente alteradas em sua nomenclatura e forma, conforme conveniência e alternância dos governos, as Guardas Municipais passaram a atuar no cenário da Segurança Pública das cidades brasileiras, na condição de corporações policiais, destinadas a executar o policiamento ostensivo uniformizado, em conjunto com as demais instituições.

Por força do Decreto nº 1410, de 31 de dezembro de 1957, cria-se o “Setor de Guardas”, subordinado à Secção de Fiscalização do Departamento de Limpeza Pública, posteriormente extinto em 1959, ano este em que surgiu o “Serviço da Guarda Municipal”, sendo que a partir de 10 de

agosto de 1960 passa a se denominar “Guarda Municipal” (LIMA, 2015, pg. 188).

Todavia, em 1964, as Guardas Civis foram extintas pelo regime militar, suprimidas por regulamento que tratava das normas fiscalizadoras do Exército, objetivando estabelecer o total controle sobre as corporações policiais.

Finalmente, com a redemocratização do país e o advento da Constituição de 1988, primando sobre questões sociais e direitos humanos, as Guardas retomaram seu lugar na história e no arcabouço jurídico brasileiro, tendo sido incluídas no § 8º do art. 144 da Carta Magna.

2.3 O Artigo 144 da Constituição Federal

Inserto no capítulo III, da Constituição da República, o artigo 144 elenca os órgãos componentes da Segurança Pública, tais como a Polícia Federal, as Polícias Civis e Militares e os Corpos de Bombeiros. Sendo um dever do Estado, “direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (CRFB, 1988).

Direito constitucionalmente assegurado, para Cretella (1999, p. 158):

A segurança das pessoas e das coisas é elemento básico das condições universais, fato absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana. Proclamada inviolável pelo direito, não fica, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual dos indivíduos (...) e a ameaça dirigida a uma pessoa constitui ameaça indireta a toda a coletividade, precisam ser coibidas.

No artigo 144, reside o foco das divergências quanto ao fato de serem ou não as Guardas Municipais integrantes da Segurança Pública, vez que não constam do *caput*, onde são indicados nominalmente os órgãos componentes, mas, sim, mencionadas no parágrafo 8º, que possibilita aos municípios constituírem suas Guardas, “destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei” (CRFB, 1988).

Segundo entendimento de opositores à atuação das guardas como agentes da Segurança Pública, o próprio texto constitucional já delimitaria as atribuições desses servidores, valendo-se pretensa lei infraconstitucional apenas para regulamentar suas atividades, nos exatos termos do parágrafo oitavo, mantendo-se o foco nos bens, serviços e instalações do município.

2.4 O Estatuto Geral das Guardas Municipais, Lei Ordinária 13.022/2014

Atendendo ao clamor popular, em razão dos crescentes e generalizados índices de violência nas cidades, mesmo com a presença ostensiva das Polícias Militares, gestores públicos, organizações sociais e entidades de classe ligadas às Guardas Civis passaram a cobrar do legislador um posicionamento no sentido de normatizar a atividade das Guardas Municipais, já atuantes, de fato, pública e notoriamente, nas ações de prevenção da criminalidade e no atendimento primário ao cidadão, inclusive, portando arma de fogo, em diversos municípios.

Observada, então, essa necessidade social e jurídica e visando à promoção de medidas coadjuvantes no combate à violência no âmbito municipal, o Congresso Nacional aprovou, em agosto de 2014, a Lei Ordinária 13.022, sancionada pela então presidente Dilma Housseff, tratando-se de norma geral, aplicável a todas as Guardas Municipais brasileiras.

O diploma legal que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais, “institui normas gerais para as guardas municipais, disciplinando o § 8º do art. 144 da Constituição Federal” (Lei 13.022/14, art. 1º). O segundo artigo traz como incumbência das guardas, “instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal” (BRASIL, Lei 13.022/14).

As Guardas terão representatividade “no Conselho Nacional de Segurança Pública, no Conselho Nacional das Guardas Municipais e, no interesse dos Municípios, no Conselho Nacional de Secretários e Gestores Municipais de Segurança Pública” (BRASIL, Lei 13.022/14, art. 20).

Ao longo do texto legal, são tratados tópicos de relevância para a legitimação da existência e atuação das Guardas, tais como os princípios, competências, capacitação, exigências para a investidura e formas de controle. Observa-se,

inequivocamente, o cuidado do legislador para indicar o caráter civil das GCM's, iniciando-se pela redação do artigo 2º, que faz menção a "instituições de caráter civil", reforçado pelo artigo 14, ao dispor que "a guarda municipal terá código de conduta próprio", não podendo ficar sujeita a regulamentos disciplinares de natureza militar, nos termos do parágrafo único.

Cristalina fica a intenção de diferenciar as Guardas das corporações militares, na vedação imposta pelo artigo 19, ao disciplinar que "a estrutura hierárquica da guarda municipal não pode utilizar denominação idêntica à das forças militares, quanto aos postos e graduações, títulos, uniformes, distintivos e condecorações" (BRASIL, Lei 13.022/14).

Em que pese essa distinção, inúmeros são os contornos de respaldo ao trabalho preventivo e permanente das Guardas, visando à proteção sistêmica da população municipal, conforme resumida explanação dos principais pontos da Lei.

2.4.1 Dos Princípios

No artigo 3º do Estatuto, são mencionadas as diretrizes basilares para a atuação das Guardas, seus princípios mínimos de atuação: I - proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas; II - preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas; III - patrulhamento preventivo; IV - compromisso com a evolução social da comunidade; e V - uso progressivo da força (BRASIL, Lei 13.022, 2014).

De forma evidente, as Guardas Municipais estão respaldadas para a segurança dos cidadãos, garantindo-lhes, por força de lei, a proteção dos direitos humanos fundamentais, em especial, a proteção da vida, valendo-se, inclusive, do uso progressivo da força, procedimento aplicado por agentes policiais em sua defesa própria ou de terceiros, constatando-se, aqui, a permissão para agir gradualmente em face de um particular, em situações que visem ao objetivo precípuo da proteção sistêmica da população.

2.4.2 Das Competências Específicas, arroladas no artigo 5º do Estatuto

Variadas são as competências atribuídas às Guardas Municipais, das quais podem-se destacar: a colaboração integrada com órgãos de segurança pública, em

ações que contribuem para a paz social; celebração de convênios ou consórcios, com a União, Estados ou municípios vizinhos, visando a atividades preventivas integradas; a pacificação de conflitos, em respeito aos direitos fundamentais das pessoas; a interação com a sociedade civil, objetivando a melhoria das questões de segurança nas comunidades; cooperação com demais órgãos da defesa civil; a realização de ações preventivas para a segurança escolar, participando de ações educativas, junto a discentes e docentes, na implantação da cultura de paz, dentre outras.

2.4.2.1 Da Proteção ao Meio Ambiente

Ao criar o Estatuto Geral das Guardas Municipais, o legislador teve a acertada preocupação de resguardar direitos da terceira dimensão, voltados aos cuidados com o Meio Ambiente, com o emprego das Guardas, conforme inciso VII do artigo 5º, para: “proteger o patrimônio ecológico, histórico, cultural, arquitetônico e ambiental do Município, inclusive adotando medidas educativas e preventivas” (BRASIL, Lei 13.022, 2014).

2.4.2.2 Do Atendimento de Emergências e do Flagrante Delito

Por seu caráter de órgão municipal, composto, em sua maioria, por residentes no próprio município ou adjacências, as Guardas têm conhecimento privilegiado da geografia, das diferenciações socioculturais e das peculiaridades de sua área de atuação, em estreita proximidade com os munícipes. Nesse sentido, o atendimento às emergências pode ser mais rapidamente prestado por essas corporações, visando à finalidade principal do Estado, que é a de atender ao interesse público.

Dessa forma, as Guardas receberam a incumbência de garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente, primando pela preservação da vida, da ordem pública e do patrimônio.

Além disso, foi indicada a competência específica do inciso XIV do mesmo artigo, de “encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário” (BRASIL, Lei 13.022, 2014).

2.4.2.3 Do Controle

Assim como os demais órgãos públicos, as Guardas estão sujeitas aos controles interno, por meio de corregedoria, e externo, através das ouvidorias, perante os quais se realizará a fiscalização dos atos praticados por seus agentes.

2.4.2.4 Das Prerrogativas: dos Cargos em Comissão; do Porte de Arma de Fogo; da Linha Telefônica e da Frequência de Rádio Exclusivas; e da Prisão Especial

De forma a possibilitar a atuação imparcial dos agentes das Guardas, permitindo assunção de cargos comissionados por caráter não político, foi lembrada a decisão de ocupação desses cargos por integrantes do quadro de carreira da própria corporação, servidores públicos efetivos, aprovados em concurso público.

O artigo 16 do Estatuto dispõe sobre o porte de arma de fogo aos integrantes das Guardas, conforme previsto em lei, neste caso, o Estatuto do Desarmamento, do qual se tratará adiante. Identificadas as notórias peculiaridades das Guardas Municipais, como o atendimento de emergências, visando à paz social, na proteção sistêmica da população e primando pela garantia dos direitos humanos, foi destinada a linha telefônica 153 para contato direto com as GCM's, em todo o Brasil, bem como frequência de rádio exclusiva para as corporações, em seus respectivos municípios. De forma isonômica, espelhada no tratamento destinado aos demais integrantes das forças de Segurança Pública, autoridades, magistrados, dentre outros, conforme disposto no art. 295, do Código de Processo Penal (BRASIL, Decreto-Lei 3.689/1941), foi redigido o artigo 18 do Estatuto, assegurando "ao guarda municipal o recolhimento à cela, isoladamente dos demais presos, quando sujeito à prisão antes de condenação definitiva" (BRASIL, Lei 13.022, 2014), por óbvio, a fim de resguardar a integridade dos agentes dessas corporações, num eventual encarceramento, comprovando-se, mais uma vez, a efetiva atuação das Guardas no enfrentamento à violência e à criminalidade. Simplória e resumidamente, foram aqui indicados os principais pontos do Estatuto Geral das Guardas Municipais, de forma a aclarar o atual posicionamento dessas instituições, no que tange às suas competências e prerrogativas legais.

2.5 O Sistema Único de Segurança Pública, o Estatuto do Desarmamento e outros instrumentos jurídicos que fundamentam as competências das Guardas Municipais

Embora não figurem no *caput* do artigo 144 da Constituição da República, as Guardas Municipais têm sido lembradas por legisladores, agentes políticos e

Tribunais Superiores, como partícipes da Segurança Pública, tendo representatividade, inclusive, no Conselho Nacional de Segurança Pública, conforme se destaca a seguir.

A Lei 13.675/2018, que “disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; (...); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp)”, inclui as Guardas Municipais como integrantes operacionais do SUSP (art. 9º, §2º, VII), juntamente com as Polícias, Federal, Militares, Cíveis e Corpos de Bombeiros (BRASIL, 2018).

O Estatuto do Desarmamento, que proíbe o porte de arma de fogo em todo o território nacional, permite essa prerrogativa para as Guardas Municipais, dos municípios com mais de cinquenta mil habitantes, em serviço ou também fora dele, conforme índice populacional, assim como permissivo aos demais integrantes das forças de segurança (BRASIL, Lei 10.826/2003).

Manifestando-se no Recurso Extraordinário nº 846854, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Alexandre de Moraes, para quem as Guardas exercem “imprescindível missão” nos serviços de segurança pública, votou pela concessão do porte de arma de fogo a todos os integrantes das Guardas Municipais, independentemente do número de habitantes dos municípios, fundado em indicadores de que o aumento do número de mortes no país tem sido evidenciado em maior número justamente onde as Guardas ainda não usam armamento. Para o Ministro,

O tratamento exigível, adequado e não excessivo corresponde a conceder idêntica possibilidade de porte de arma a todos os integrantes das Guardas Cíveis, em face da efetiva participação na segurança pública e na existência de similitude nos índices de mortes violentas nos diversos municípios, independentemente de sua população (BRASIL, STF, RE 846854, 2018).

Ainda em sede de STF, no julgamento do Recurso Extraordinário Nº 658570, em 2018, ficou pacificado o entendimento de que a Guarda Municipal pode multar qualquer tipo de infração de trânsito, já que também pode acumular poder de polícia para fiscalizar o trânsito (BRASIL, STF, RE 658570, 2018).

Fortalecendo o entendimento de que as Guardas Municipais exercem atividade de proteção à segurança social, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás julgou improvido recurso, no HC 2179512018809000, em que o paciente pleiteava relaxamento de prisão por suposta ilegalidade no flagrante, vez que realizado por agentes da Guarda Municipal, em crime de tráfico de drogas e corrupção de menores (BRASIL, TJ/GO, 2018).

2.6 Indicadores de Futuro Processo de Municipalização da Segurança Pública

De forma a atender às necessidades dos cidadãos, o Estado passou a assumir a responsabilidade de promover os direitos das pessoas, tendo surgido o que a doutrina classifica como dimensões de direitos: os de primeira dimensão, como as liberdades públicas e os direitos políticos; os de segunda, tais como os sociais e econômicos, onde se encaixa a segurança pública; e, ainda, os direitos de terceira e quarta gerações, de preservacionismo ambiental e de engenharia genética, respectivamente (LENZA, 2009, pg. 670).

Nessa esteira, conforme vão surgindo as demandas dos cidadãos, o Estado vai passando a prover essas necessidades, num movimento que tem sinalizado, nas últimas décadas, um processo de municipalização dos serviços públicos, como aconteceu com a Saúde e a Educação, nos anos de 1990 e 2000.

Diante do atual cenário em que se encontram as Guardas Municipais, dotadas de competências e prerrogativas legais para atuar em prol da paz social e da proteção dos direitos fundamentais, no âmbito dos municípios, há entendimentos de que a municipalização da Segurança Pública é processo crescente e de aplicabilidade em curto prazo, de forma a se garantirem, com maior eficácia, a ordem pública e a repressão de condutas delituosas, a partir de atuação conjunta e integrada com demais órgãos de Segurança Pública, em articulação com a sociedade.

Quando da criação do Sistema Único de Segurança Pública, o então Ministro Raul Jungmann, incluindo a participação dos municípios, assim se manifestou:

O Senado Federal acaba de aprovar o SUSP, Sistema Único da Segurança Pública. Um passo importante para o combate ao crime e a violência em nível nacional. Doravante, teremos uma

segurança, policiais e inteligência mais integradas, reunindo todos, união, estados e municípios. (SINDIGUARDA, 2018).

De acordo com o Plano Nacional de Segurança Pública, Municípios têm competência absoluta para estabelecer metas e diretrizes das ações de política local voltadas à segurança pública.

Nos termos do artigo 11 e seu parágrafo único da Lei 13.022/14, as Guardas devem passar por capacitação específica, dispondo a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) de uma Matriz Curricular Nacional para a Formação das Guardas Municipais, em cumprimento ao disposto no Programa de Segurança Pública para o Brasil, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento, além de indicar diretrizes para o fortalecimento do SUSP. Do preâmbulo da Matriz se extrai:

Como expressão de princípios e metas de um processo educativo, a Matriz Curricular Nacional para Formação de Guardas Municipais visa proporcionar a todo(a)s este(a)s profissionais instrumentos através dos quais, de maneira autônoma, consigam refletir criticamente sobre o SUSP e empreender ações que colaborem com eficácia no Plano de Segurança de sua cidade (BRASIL, SENASP, 2005, p. 6).

Diante da aprovação do Estatuto Geral das Guardas Municipais, o deputado Arnaldo Faria de Sá, autor do projeto, assim se manifestou:

É a grande modificação em relação à segurança pública nos últimos anos. Eu falo por São Paulo, onde em muitas cidades quem controla a segurança já são as guardas, mostrando que efetivamente é possível fazer segurança pública com a chamada polícia comunitária (Souza, 2014).

É inegável e notório o reflexo positivo que o trabalho das Guardas Municipais tem surtido nas cidades brasileiras, algumas dispondo de grupamentos diferenciados de atuação, tais como o Rondas Ostensivas Municipais (ROMU), com enfrentamento direto às ações criminosas (O Regional, 2015), e o de trabalho com cães, utilizados, inclusive, em ações de apreensão de entorpecentes (Prefeitura de Curitiba, 2015), o que se reflete na redução da violência, apenas pela presença dos

Guardas nas vias e logradouros públicos, inibindo ações delituosas e aumentando a sensação de segurança da população.

Além de todos esses indicadores, que convergem para um iminente processo de municipalização da Segurança Pública, cabe registrar a existência de diversas Propostas de Emenda Constitucional (PEC), no sentido de incluir efetivamente as Guardas Municipais no rol dos órgãos contidos no *caput* do artigo 144 da Constituição, em especial, o mais antigo desses projetos, a PEC 534/2002, o que seria medida acertada e definitiva, encerrando-se as discussões em torno da amplitude de atuação das Guardas Civis Municipais.

3 CONCLUSÃO

As Guardas Municipais são corporações centenárias, existentes no Brasil desde o Período Imperial, de caráter civil, uniformizadas, que atuam de forma preventiva e comunitária, já tendo ocupado status de polícia, até sua extinção pelo Governo Militar, em 1964.

Com a redemocratização do país e o advento da Constituição de 1988, primando sobre questões sociais e direitos humanos, as Guardas retomaram seu lugar na história brasileira, ficando a cargo dos municípios sua implantação. Após a Constituição Cidadã e com o surgimento de legislação infraconstitucional também versando sobre as Guardas Civis, tais como o Estatuto do Desarmamento, foi sendo detectada uma lacuna jurídica quanto à normatização da atuação das Guardas, o que culminou na sanção da Lei Ordinária 13.022/2014, que disciplina o § 8º do artigo 144 da Constituição Federal, tratando-se de norma geral, aplicável a todas as Guardas Municipais brasileiras.

O Estatuto Geral das Guardas Municipais trouxe princípios mínimos de atuação, tais como proteção dos direitos humanos fundamentais; a preservação da vida; o patrulhamento preventivo; e o uso progressivo da força. Além disso, ampliou as competências das Guardas, dispendo, por exemplo, sobre o policiamento preventivo e permanente, visando à proteção sistêmica da população, do patrimônio histórico e do meio-ambiente municipais, bem como a atuação integrada com órgãos de Segurança Pública, objetivando à paz social, além de prever a garantia do atendimento de ocorrências emergenciais e encaminhamento ao delegado de polícia dos autores de flagrante delito.

Embora esteja em discussão, perante o Supremo Tribunal Federal, possível inconstitucionalidade da Lei 13.022/14, o que não foi objeto de discussão neste trabalho, as Guardas Municipais têm ocupado espaço, de fato, na Segurança Pública no âmbito dos municípios, tendo representatividade, inclusive, no Conselho Nacional de Segurança Pública e no Serviço Único de Segurança Pública, onde figuram ao lado das forças policiais.

Além disso, já detêm competência para o exercício do poder de polícia de trânsito, por entendimento do STF, bem como estão autorizadas a portar arma de fogo, nos termos do Estatuto do Desarmamento.

Para estudiosos do tema, ministros e parlamentares, as Guardas Municipais prestam, pública e notoriamente, serviços de garantia da ordem pública e da paz social, agindo, com capacitação prévia, junto às comunidades em que atuam, na consecução do interesse público, no que se refere à Segurança.

Com base na análise do arcabouço jurídico e doutrinário sobre as Guardas, somada à existência de Proposta de Emenda Constitucional tendente a incluir as Guardas Municipais no rol do *caput* artigo 144 da Constituição Federal, constata-se o positivo reflexo da atuação das Guardas Civas, podendo-se vislumbrar um crescente e irreversível processo de municipalização da Segurança Pública.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 22 mar 19.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 534/2002**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2125470>. Acesso em 23 mar 19.

BRASIL. **Conselho Nacional de Segurança Pública**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm. Acesso em 20 mar 19.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 08
jan 19.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 667/1969.** Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de
Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras
providências Disponível. Disponível
em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm. Acesso em 20
jan 2019.

BRASIL. **Estatuto do Desarmamento.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826compilado.htm. Acesso em
21 mar 19.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública Ministério da Justiça. **Uso
Progressivo da Força.** Brasília, 2006.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Matriz Curricular Nacional para
Formação de Guardas Municipais.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/senasp-1/matrizcurricularguardasmunicipais2005.pdf>. Acesso em 24 mar 19.

BRASIL. **Sistema Único de Segurança Pública.** Disponível
em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm.
Acesso em 200 mar 19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. **Plenário Inicia Julgamento sobre
Competência da Guarda Municipal para Impor Multas de Trânsito.** Disponível
em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291479
&caixaBusca=N](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291479&caixaBusca=N). Acesso em 23 mar 19.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro.** Rio de Janeiro:
Forense, 1999.

ESTADO DE GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 21795120188090000**. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559813736/habeas-corporus-21795120188090000?ref=serp>. Acesso em 21 mar 19.

ESTADO DO PARANÁ, Curitiba. **Operações da Guarda Municipal Inibem Criminalidade na Regional Bairro Novo**. 2015. Disponível em: <http://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/operacoes-da-guarda-municipal-inibem-criminalidade-na-regional-bairro-novo/40314>. Acesso em 24 mar 19.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13 ed. Rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Mauriti de Campos. **Análise Jurídica Da Lei Nº 13.022 de 08/08/14 Diante das Atribuições Constitucionais Das Polícias Militares**. Jul/Dez 2015. Revista Homem do Mato. Polícia Militar do Mato Grosso. Disponível em: <<http://revistacientifica.pm.mt.gov.br/ojs-2.4.3/index.php/semanal/article/view/287>>. Acesso em: 22/05/2016.

RAMALHO, Renan. G1. **Guarda Municipal pode Multar por Qualquer Infração de Trânsito, diz STF**. 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/guarda-municipal-pode-multar-por-qualquer-infracao-de-transito-diz-stf.html>. Acesso em 23 mar 19.

RICHTER, André. Agência Brasil. 2018. **STF Decide que Guardas Municipais Podem Portar Armas de Fogo**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-06/stf-decide-que-guardas-municipais-podem-portar-armas-de-fogo>. Acesso em 22 mar 19.

São Paulo, Mogi Mirim. **Romu é Criada para Atuar em Operações Ostensivas**. 2015. Disponível em: <https://oregional.net/romu-e-criada-para-atuar-em-operacoes-ostensivas-52395>. Acesso em 24 mar 19.

SINDGUARDA. **Senado Aprova Projeto SUSP e Integra Guarda Municipal**. Disponível em: <<https://www.sindguardaalagoas.com.br/destaques/senado-aprova-projeto-que-cria-o-susp-e-integra-guarda-municipal/>>. Acesso em 15 fev 19.

SOUZA, Murilo. Câmara. Notícias. Segurança. **Lei que Regulamenta Guardas Municipais é Sancionada.** 2014. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/472792-LEI-QUE-REGULAMENTA-GUARDAS-MUNICIPAIS-E-SANCIONADA>. Acesso em 24 mar 19.

LEI 11.340/2006: POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL

JOSÉ HENRIQUE SOUSA DA SILVA: Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KELLY NOGUEIRA DA SILVA GONÇALVES[\[1\]](#)

(Orientadora)

RESUMO:A lei Maria da Penha, voltada a proteção das mulheres de violência doméstica, tem sido adaptada para tornar essa proteção mais eficiente. Em 2016 uma importante ferramenta foi atribuída a lei, qual seja, as medidas protetivas de urgência, discutindo-se após isso, se o delegado de polícia é o mais indicado para impor essas medidas protetivas, dadas as circunstâncias do fato. O objetivo da presente pesquisa é expor a discussão a favor e contra o veto do Presidente Temer no Projeto de Lei 07/16, atualmente a Lei 13.505/2017 demonstrando a importancia da autoridade policial no processo de emissão das medidas protetivas de urgência, até uma posterior deliberação judicial. Evidenciando que o chefe de polícia é quem deve impor essas medidas por ser o primeiro agente a ter contato com os fatos e a vítima.

PALAVRAS-CHAVE: Maria da penha; Medidas Protetivas; Delegado de Polícia.

ABSTRACT: The Maria da Penha law, aimed at protecting women from domestic violence, has been adapted to make this protection more efficient. In 2016 an important tool was assigned to the law, namely urgent protective measures, and discussed after this, if the police officer is the most appropriate to impose such protective measures, given the circumstances of the fact. The objective of the present research is to expose the discussion in favor and against the veto of President Temer in Bill 07/16, currently Law 13.505/2017 demonstrating the importance of the police authority in the process of issuing emergency protective measures until a subsequent judicial decision. Evidence that the chief of police is who should impose these measures because he is the first agent to have contact with the facts and the victim.

KEYWORDS: Maria da penha; Protective Measures; Police Commissioner.

1. INTRODUÇÃO

Em 2015, foi proposto pelo Deputado Sérgio Vidigal o projeto de lei nº 7/16 que objetivou dispor sobre o direito da vítima de violência doméstica ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino e dar outras providências. Com a devida tramitação e aprovação na Câmara dos deputados, o projeto se tornou a Lei 13.505/17, que ainda aprovada, acabou por ser vetada em alguns pontos importantes pelo então Presidente da República, Michel Temer.

O presente artigo tem como objetivo geral expor a discussão a favor e contra o veto do Presidente Temer no Projeto de Lei 07/16, atualmente a Lei 13.505/2017 demonstrando a importância da autoridade policial no processo de emissão das medidas protetivas de urgência, até uma posterior deliberação judicial. Como objetivo específico, busca-se demonstrar a maior efetividade da medida protetiva, a medida em que for expedida por quem tem o primeiro contato com a vítima e ainda, evidenciar a Constitucionalidade em outorgar esse direito aos delegados, servindo tais medidas para desafogar o judiciário, garantindo uma maior eficácia.

Será utilizada a metodologia de pesquisa, com abordagem qualitativa dos posicionamentos do legislativo, ao elaborar a lei, do Judiciário e dos delegados de Polícia. Justifica-se o presente estudo diante do crescente número de violência doméstica no Brasil. A lei 11.340/06 vem sofrendo diversas modificações e implementações a fim de contribuir com a diminuição dos feminicídios, que somente em 2018 foram cerca de 4000. Entretanto, de acordo com Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o canal de denúncias *ligue 180* registrou 30.918 casos apenas de violência física. É visível que até chegar no judiciário, muitas dessas mulheres desistem de procurar ajuda por uma demora do próprio sistema, propondo assim, o presente artigo, a contribuir com possíveis soluções.

Diante disso, além da introdução, considerações finais e referências, este artigo está organizado em três principais seções. Na primeira, denominada origem e evolução histórica da lei Maria da Penha, discutimos o que deu origem a lei e como ela tem sido modificada ao longo da sua criação. A segunda, intitulada de medidas protetivas, discutimos quais são as espécies de medidas e ainda, quais as espécies de medidas protetivas de urgência. Finalmente, na terceira seção,

importancia da expedição das medidas de urgência pelo delegado de polícia, discutimos, com base na análise dos argumentos, sobre a relevância e eficácia desse ato ser praticado primeiramente pela autoridade policial.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI 11.340/06

Maria da Penha Maia Fernandes foi casada com o colombiano Marco Antônio Heredia Viveiro por 23 anos. Em seu livro, intitulado de *SOBREVIVI ... POSSO CONTAR* (2012), Maria da penha conta que sofreu violência durante todo o seu casamento, relatando a primeira tentativa de homicídio em 1983, com arma de fogo e em seguida, a segunda tentativa de homicídio por eletrocussão e afogamento. Biofarmacêutica e mãe de três filhas, ficou paraplégica após ser alvejada pela arma de fogo decidindo com isso, denunciar seu marido e lutar para que ele fosse condenado.

O processo prolongou-se por dezenove anos, achando-se o agressor condenado nos últimos seis meses antes da prescrição do crime e preso apenas em Outubro de 2002. Diante dessa inércia, Maria da Penha juntamente com o centro pela Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latino - Americano de Defesa dos Direitos da Mulher, solenizaram uma denúncia à [Comissão Interamericana de Direitos Humanos](#) da [OEA](#). Após a denúncia, houve a condenação do Brasil por não dispor de mecanismos eficientes e nem políticas públicas suficientes voltadas ao combate a violência doméstica e contra a mulher. A [Comissão Interamericana de Direitos Humanos](#) da [OEA](#) determinou com isso, a regularização, fiscalização e encerramento do processo penal, bem como a reparação moral e material de Maria da Penha.

Com a condenação da República Federativa do Brasil, o País se viu obrigado a criar leis e mecanismos de prevenção da violência doméstica contra a mulher. De iniciativa da Presidência da República, autoria da Câmara dos Deputados e relatoria da Deputada Jandira Feghali, foi proposto o PL 4559/04 objetivando a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Após todo o processo legislativo constitucional concluído, o projeto de lei foi transformado em agosto de 2006 em norma jurídica, através da publicação da lei 11.340/06.

LIMA (2017) realizou uma pesquisa dos primeiros dez anos da lei, destacando inicialmente

Desde seu surgimento, este diploma legal já veio fadado a polêmicas, uma vez que, alguns críticos mais ferrenhos diziam que tinha um quê de panfletário e incitação ao feminismo, além de ferir o princípio da igualdade ao só permitir em seu pólo passivo mulheres. Resta claro que a vítima deve ser mulher, e que a violência que esta sofre tem que decorrer de tal condição e da relação de inferioridade que dela decorre. (LIMA, 2017)

Com muitas indagações quanto a sua Constitucionalidade à época, LIMA (2017) evidenciou

O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por meio do Advogado Geral da união, ajuizou a ADC 19/07 que declarou após diversas discussões ensejadas nos Tribunais Estaduais, a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 pelo STF, segundo a Ministra Rosa Weber a Lei Maria da Pena *“inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira, tendo feição simbólica, que não admite amesquinamento”*. No mesmo dia 09 de fevereiro de 2012, também foi julgada a ADI 4424, que tratava da possibilidade do Ministério Público dar início à ação penal sem a necessidade de representação da vítima, sendo julgada procedente, não se aplicando a Lei 9.099 /95 nos casos de violência doméstica, e nos crimes de lesão corporal praticados no ambiente doméstico contra a mulher, atua-se mediante ação penal pública incondicionada, pois para a maioria dos ministros do STF, essa circunstância acaba por esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres. LIMA (2017).

A autora supracitada ainda menciona as alterações que a lei causou nos campos Penal e Processual Penal

Outro avanço da Lei 11.340/2006 foi a causa de aumento de que trata o §10º do artigo 129 do Código Penal, estabelecendo que o crime de lesão corporal terá sua pena aumentada em 1/3 quando tal crime for contra as pessoas

elencadas no §9º, ou seja, ocorrências que envolvam violência doméstica, sendo assim, tornou mais gravosa a punição para o agente que atue como agressor em casos de violência doméstica. Ademais, as medidas protetivas de urgência, podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, e o Juiz não está preso ao rol que é exemplificativo, podendo este adotar outras medidas que entender necessária para evitar maiores riscos e até prejuízos à vítima. Ademais, para garantir a execução dessas medidas protetivas de urgência a lei trouxe em seu artigo 42, a possibilidade da decretação de prisão preventiva ao agressor, adicionando o inciso IV ao artigo 313 do Código de Processo Penal, surgindo com o fim sancionador ao acusado que descumprir as medidas de proteção concedidas à vítima. A novel legislação trouxe em seu artigo 12 a possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência, ou seja, a Autoridade Policial após adoção dos procedimentos previstos no referido artigo, encaminhará o caso a análise jurisdicional acerca da concessão de tais medidas no prazo máximo de 48 horas, sendo que tais medidas podem ser concedidas mesmo sem a oitiva da outra parte como preconiza o artigo 19, §1º, primando pela celeridade e urgência da situação. Ademais, as medidas protetivas de urgência, podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, e o Juiz não está preso ao rol que é exemplificativo, podendo este adotar outras medidas que entender necessária para evitar maiores riscos e até prejuízos à vítima. Ademais, para garantir a execução dessas medidas protetivas de urgência a lei trouxe em seu artigo 42, a possibilidade da decretação de prisão preventiva ao agressor, adicionando o inciso IV ao artigo 313 do Código de Processo Penal, surgindo com o fim sancionador ao acusado que descumprir as medidas de proteção concedidas à vítima. LIMA (2017)

Algumas modificações e complementações continuaram a ser propostas e aprovadas, como a lei 13.505/17, que complementou a lei 11.340/06 dispendo sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar em ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado,

preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Outra importante inovação foi disposta pela Lei 13.641/18 para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência voltadas a proteção da mulher.

A lei Maria da Penha, que tem por objeto a proteção da mulher que sofre violência familiar ou decorrente de uma relação íntima de afeto com base no gênero, ampliou ainda a concepção do que seria a violência contra a mulher, passando a abranger tanto a física, moral, sexual, psicológica e patrimonial. Em seu sentido mais essencial, a lei 11.340/06 busca além da repressão, orientar, prevenir, informar e educar toda a sociedade, abordando que qualquer postura danosa causadora de lesão, morte, pressão psicológica ou sexual e danos morais ou patrimoniais, são considerados atos violentos.

Bianchini (2016) se propôs a definir a violência contra mulher com base nos conceitos trazidos pela própria lei

Dos conceitos e definições acima trazidos, destacam-se algumas importantes características da violência de gênero: a) ela decorre de uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher; b) esta relação de poder advém dos papéis impostos às mulheres e aos homens, reforçados pela ideologia patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder; c) a violência ultrapassa a relação pessoal entre homem e mulher, podendo ser encontrada também nas instituições, nas estruturas, nas práticas cotidianas, nos rituais, ou seja, em tudo que constitui as relações sociais; d) a relação afetivo-conjugal, a proximidade entre vítima e agressor (relação doméstica, familiar ou íntima de afeto) e a habitualidade das situações de violência tornam as mulheres ainda mais vulneráveis dentro do sistema de desigualdades de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdades (classe, geração, etnia). (BIANCHINI, 2016. p. 33).

E para definir os tipos de violência elencados na lei Maria da Penha, Cunha (2011) definiu a violência física

A violência física é toda ofensa à integridade física e corporal praticada com o emprego de força, podendo abranger "socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*" (CUNHA, 2011. p. 58).

Além do conceito legal, Bianchini (2016) aborda sobre a violência física

As formas de violência sexual baseadas no gênero são bastante abrangentes, considerando como tal qualquer conduta que, praticada mediante (a) intimidação; (b) ameaça; (c) coação ou (d) uso da força, constranja a mulher a: 1) presenciar relação sexual não desejada; 2) manter relação sexual não desejada; 3) participar de relação sexual não desejada. Ainda, é considerada violência sexual qualquer conduta, quando praticada mediante (a) coação, (b) chantagem, (c) suborno ou (d) manipulação, que a: 4) induza a comercializar, de qualquer modo, a sua sexualidade; 5) induza a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade; 6) impeça de usar qualquer método contraceptivo; 7) force ao matrimônio; 8) force a gravidez; 9) force ao aborto; 10) force a prostituição. Por fim, também constitui violência sexual qualquer conduta que (11) limite ou (12) anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (Bianchini, 2016. Pág. 53).

Bianchini (2016) ainda, elencou as condutas que geram violência psicológica

Sete são as condutas elencadas no inciso e que podem causar violência psicológica: 1) conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima; 2) conduta que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento; 3) conduta que vise degradar suas ações; 4) conduta que vise controlar suas ações; 5) conduta que vise controlar seus comportamentos; 6) conduta que vise controlar suas crenças; 7) conduta que vise controlar suas decisões. Todas elas precisam ser praticadas por um dos seguintes meios: 1)

ameaça; 2) constrangimento; 3) humilhação; 4) manipulação; 5) isolamento; 6) vigilância constante; 7) perseguição contumaz; 8) insulto; 9) chantagem; 10) ridicularização; 11) exploração; 12) limitação do direito de ir e vir; 13) qualquer outro meio que lhe cause prejuízo a? saúde psicológica e a? autodeterminação. (Bianchini,2016. p. 51).

Para a caracterização da violência patrimonial, Feix (2011) trouxe algumas diretrizes

E? de suma importância tal preocupação, posto que a ausência de autonomia econômica e financeira da mulher contribui para sua subordinação e/ou submissão, ao enfraquece?-la, colocando-a "em situação de vulnerabilidade, atingindo diretamente a segurança e dignidade, pela redução ou impedimento da capacidade de tomar decisões independentes e livres, podendo ainda alimentar outras formas de dependência como a psicológica". Algumas situações que configuram a violência patrimonial, por caracterizar formas de retenção ou subtração de recursos financeiros necessários para satisfação das necessidades da mulher: abandono material decorrente do não pagamento de pensão alimentícia; prejuízo financeiro infligido como castigo pela iniciativa na separação; (FEIX, 2011. Pág.208)

Por fim, na caracterização da violação moral, Cunha (2011) definiu os crimes trazidos pela Lei 11.340/06

A conduta do agente no crime de calúnia consiste na imputação da prática de fato criminoso que o sujeito ativo do crime sabe ser falso. Na difamação, ha? imputação da prática de fato desonroso, fato este que atinge a reputação da vítima, enquanto na injúria ha? ofensa a? vítima devido a? atribuição de "qualidades negativas" (CUNHA, 2011. Pág. 61).

Tanto Bianchini (2016) quanto o Ministério dos Direitos Humanos do Brasil, que é o responsável pela análise e elaboração de Políticas Públicas voltadas à mulher, reconhecem que as cinco formas de violência são meramente

exemplificativas, restando outras, não menos importantes, como a violência espiritual, obstétrica, política, policial, escolar, no esporte, entre outras, que envolvem violação da mulher unicamente por seu gênero.

Em Agosto de 2018 o Ministério dos Direitos Humanos divulgou dados referentes ao mapa da violência no Brasil. De Janeiro a Julho de 2018 foram 79.661 denúncias de violência contra a mulher pelo canal *LIGUE 180*. O canal registrou 27 feminicídios, 51 homicídios, 547 tentativas de feminicídios e 118 tentativas de homicídios. Entre os relatos de violência, 63.116 foram classificados como violência doméstica. Os dados abrangem cárcere privado, esporte sem assédio, homicídio, tráfico de pessoas, tráfico internacional de pessoas, tráfico interno de pessoas e as violências física, moral, obstétrica, patrimonial, psicológica e sexual.

3. MEDIDAS PROTETIVAS

Nos termos da lei 11.340/06, as medidas protetivas são mecanismos legais criados para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, assegurando que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goze dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e tenha oportunidades e facilidades para viver sem violência, com a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Além das medidas protetivas de urgência aplicadas ao agressor e a ofendida, outras medidas podem ser aplicadas subsidiariamente, como por exemplo, a aplicação das regras presentes no estatuto do idoso e da criança e adolescente. No que se refere a proteção do idoso, está disposto no art. 45, *in verbis*:

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento a família ou curador, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou a pessoa de sua

convivência que lhe cause perturbação; V – abrigo em entidade; VI – abrigo temporário.

Para a proteção da criança e do adolescente, o estatuto dispõe em seu art. 101, *in verbis*

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – acolhimento institucional; VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar; IX – colocação em família substituta.

Nas palavras de Bianchini (2016), onze são as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, que podem ser aplicadas à lei Maria da Penha, podendo inclusive, ser aplicadas conjuntamente com medidas protetivas de urgência.

Dentre as medidas expressas na lei 12.403/11, diversas da prisão, estão

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a

investigação ou instrução;V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável ([art. 26 do Código Penal](#)) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

A autora defende, por exemplo, a eficiência do monitoramento eletrônico como forma de fiscalização e garantia da decisão judicial, evidenciando que dezessete Estados, dos Estados Unidos, e Portugal, já utilizam esse monitoramento (193).

A lei Maria da Penha, baseada nos tipos de violência, instituiu duas formas de medidas protetivas de urgência, as que obrigam o agressor e outras que protegem a mulher e os filhos. Podendo ser concedidas pelo Juiz ou a pedido do Ministério Público no prazo de 48 horas, as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, nos termos do art. 22 da lei 11.340/06, são: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da [Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#); II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

No que tange à proteção da ofendida, nos termos no art. 23 da supracitada lei, sem prejuízo das outras expressas no ordenamento jurídico são medidas cautelares: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos.

Por fim, conforme o art. 24, para a proteção patrimonial, as medidas são: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Quanto a natureza jurídica das medidas, Pires (2011) explana

As medidas protetivas têm natureza jurídica cível sui generis no sentido de constituírem ora ordens mandamentais satisfativas, ora inibitórias e reintegratórias (preventivas), ora antecipatórias, ora executivas, todas de proteção autônomas e independentes de outro processo, as quais visam proteger os bens jurídicos tutelados pela Lei Maria da Penha e não proteger eventual futuro ou simultâneo processo [...] cível ou penal. Assim, as medidas protetivas se distinguem das medidas cautelares previstas no CPP e no CPC e com elas não se confundem. (PIRES, 2011. p. 161)

No mesmo sentido, Lima (2011) versa

A doutrina tem discutido sobre a natureza jurídica das medidas protetivas: segundo alguns, se for penal, as medidas pressupõem um processo criminal, sem a qual a medida protetiva não poderia existir; outros pregam sua natureza cível, de forma que elas só serviriam para resguardar um processo civil, como o de divórcio. Acessórias, as medidas só

funcionariam se e enquanto perdurar um processo principal, cível ou criminal. Entendemos que essa discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. E só. Elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas. (LIMA, 2011. p. 329).

Sobre o prazo de vigência das medidas protetivas de urgência, para Lima (2011) as determinações devem ser mantidas enquanto a situação de violência perdurar, ou ainda, prolongar-se até a decisão penal definitiva. O autor evidencia que ao juiz é recomendável a fixação um prazo razoável de vigência das medidas protetivas, suficiente para evitar a continuidade da violência. Isso evita a eternização de medidas, e suas reiterações desnecessárias, principalmente quando as partes podem resolver definitivamente seus conflitos através de uma eficaz acção na Vara de Família (p.329).

Para Diniz (2014) não há que se preocupar com o prazo de duração, uma vez que poderão ser revistas a qualquer tempo, pelo fato de não formarem coisa julgada, mesmo que o processo já tenha sido arquivado com resolução de mérito. Segundo o autor, nada obsta, porém, que naquelas de natureza estritamente patrimoniais o juiz estabeleça um prazo razoável de duração ou, se assim não o fizer, sua validade perdurará até que ocorra outra decisão na Vara Cível ou de Família competente, ou seja revogada pelo próprio Juizado de Violência Doméstica (p. 10).

Acerca das provas, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, no ato da denúncia, a autoridade policial deve ouvir a vítima, lavrar o boletim de ocorrência, colher todas as provas necessárias para o esclarecimento do fato e após isso, remeter em até 48 horas, a denúncia ao juízo competente para apreciação do ocorrido, encaminhando a ofendida para o exame de corpo de delito. A autoridade policial deverá, ainda, ouvir o agressor e as testemunhas envolvidas, ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de seus antecedentes criminais, bem como remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público. Um importante enunciado foi aprovado com unanimidade

em 2017 (Enunciado 45), na IX FONAVID Natal, no qual dispõe que as medidas protetivas de urgência, previstas na Lei 11.340/2006, podem ser deferidas de forma autônoma, apenas com base na palavra da vítima, quando ausentes outros elementos probantes nos autos.

No que tange ao foro competente, a lei Maria da Penha dispõe no art. 15 quanto a opção da vítima em escolher seu foro de domicílio, do lugar em que ocorreu a violência ou o domicílio do agressor. Para Diniz (2014) essas multiportas são importantes pois muitas vezes a mulher sofre violência em um local e passa a residir em outro, até mesmo para resguardar a sua integridade física, a sua saúde psicológica, sua paz, ficando assim mais protegida e as alternativas de escolha indicadas no dispositivo em análise, certamente lhe conferirão maior proteção (p. 14). No X FONAVID, realizado em Recife em novembro de 2018, aprovou o enunciado 48, dispondo que a competência para processar e julgar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha é dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, onde não houver, das Varas Criminais com competência cumulativa para processar e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por fim, foi incluído em 2018, pela lei 13.641/18, o crime de descumprimento das medidas protetivas de urgência, a qual define como delito o descumprimento da decisão judicial que determinou a medida protetiva, com pena de 3 meses a 2 anos, não excluindo a incidência de outras medidas cabíveis.

4. POSSIBILIDADE DA EXPEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL

Na elaboração e aprovação da PLC 7/2016, atual lei 13.505/17, foram acrescentados dispositivos voltados a dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Encaminhada para a sanção do então Pres. da República Michel Temer, uma importante parte foi vetada pelo então presidente. O art. 12-B tinha a seguinte redação

Art. 12-B. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o agressor.

§ 1o. O juiz deverá ser comunicado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e poderá manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo.

§ 2o. Não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no caput, a autoridade policial representará ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do agressor.

Como demonstrado, o objetivo do citado artigo, até então vetado, era dar aos delegados o poder de expedir medidas protetivas de urgência. Como justificativa do veto, o Pres. evidenciou que os dispositivos, como redigidos, impedem o veto parcial do trecho que incide em inconstitucionalidade material, por violação aos artigos 2º e 144, § 4º, da Constituição, ao invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis. Em outras palavras, para o Chefe do Governo a expedição das medidas protetivas de urgência são de competência privativa do Judiciário.

Entretanto, o veto não foi recebido com bons olhos pela comunidade jurídica. Para Hoffmann, delegado da Polícia Civil do Paraná, a lei buscou dar uma proteção imediata a vítima e o Pres. errou agressivamente ao tirar isso das mulheres vítimas de violência e afirmou

As medidas protetivas possuem natureza cautelar, em relação às quais a Constituição não exigiu prévia decisão judicial. Isso significa que o legislador tem margem para definir quais autoridades possuem esse poder de deliberação. Por isso mesmo já havia atribuído ao delegado de polícia a

possibilidade de adotar uma série de outras medidas de mesma natureza, tais como prisão em flagrante, fiança e apreensão de bens. (HOFFMANN,2017)

Para Francisco Neto (2016), a aplicação das medidas protetivas pela autoridade policial, uma vez que as medidas protetivas gozam de ineficácia, dada a dependência de uma morosidade judiciária. Nas palavras do Delegado Neto (2016) da Polícia Civil de São Paulo, se o instrumento legal é de urgência, uma análise e eventual expedição deve ser feita de forma imediata e ágil, explicando que durante a carreira como delegado de polícia, houve contato inúmeras vezes com situações de flagrante delito de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo que na maioria das vezes a manutenção da liberdade do agressor se mostrava incompatível com os interesses da vítima e com as finalidades da Lei Maria da Penha.

Em uma abordagem mais profunda, Ruchester Marreiros (2016), delegado de Polícia do Rio de Janeiro, de início, destaca o cumprimento prejudicado que as medidas protetivas de urgência têm, seja pela apreciação pelo juiz, que de acordo com relatório da CPMI da violência doméstica, a depender da região, demora cerca de 6 meses para ser expedida ou seja pelo problemas estruturais do Poder Judiciário, como poucos servidores e oficiais de justiça, por exemplo, evidenciando assim, uma visão ingênua e idealista, a de que o Judiciário conseguirá atender de forma eficaz os mais de 5.500 municípios do Brasil. De acordo com Marreiros (2016) os delegados de polícia possuem funções essenciais a administração da justiça, que dispõe a forma prática e indispensável de assegurar à autoridade policial que, constatada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, aplique provisoriamente, até deliberação judicial, algumas das medidas protetivas de urgência, intimando desde logo o agressor.

Nesse entendimento, como o objetivo da lei é reprimir a violência doméstica de forma eficaz e imediata, a expedição das medidas protetivas de urgência pelo delegado de polícia está em perfeita subsunção com a essência da lei 11.340/06, afinal, essa vítima precisa de proteção eficaz e imediata.

Buscou-se atualmente, com o Projeto de Lei 94/2018, que o delegado de polícia seja responsável por essa proteção. De acordo com o projeto de lei acima, os arts. 12 e 38 - A da lei Maria da Penha passaria a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegacia disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revisão da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da vítima ou à efetividade da medida protetiva, não será concedida liberdade ao preso.”

Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência.

Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos órgãos de segurança pública e assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.”

O presente projeto seguiu para aprovação em março de 2019, resultando na lei 13.827/2019, a qual foi aprovada integralmente pelo atual Pres. Jair Messias Bolsonaro e entrará em vigor na data de sua publicação. De acordo com o texto da lei 13.827/19, a Lei Maria da Penha passa a vigorar com a inclusão integral dos artigos 12-C e 38-A, com seus incisos, dessas alíneas acima citadas. A contribuição da nova lei é evidente, pois trouxe medidas que aumentam a proteção da mulher,

como a ampliação do rol de legitimados para a concessão das medidas, ampliando assim, a segurança pessoa e celeridade processual. Houve ainda, a criação de um banco de dados do CNJ, o qual será responsável por fornecer todas as informações sobre as medidas protetivas expedidas às forças de segurança nacional, afim de tornar a fiscalização e cumprimento das medidas mais eficiente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, a contribuição social que a Maria da Penha nos prestou é evidente, pois abriu precedentes muito importantes na defesa da vida da mulheres. Cada vez mais, os números de mulheres mortas, principalmente as decorrentes de violência doméstica, aumentam a cada ano, não podendo o Estado manter-se inerte diante de tantos alardes.

Com base nisso, após a edição da lei, muitos esforços têm sido empregado para adaptar-se a realidade social e alcançar um maior objetivo da sua essência, qual seja, a proteção as vítimas de violência doméstica. E é justamente ao tentar acompanhar essas mudanças sociais que o Congresso Nacional tenta, desde 2016, que os delegados de polícia, ao ter o primeiro contato com a vítima de violência, possam expedir as medidas protetivas de urgência, até apreciação judicial.

Como defendido no presente artigo, o chefe de polícia é o mais indicado para tal função, uma vez que é o primeiro a ter contato com os danos aparentes, com a situação em que se encontra a vítima e se é necessário uma medida de proteção urgente à essa vítima, dado a urgência do instituto de urgência.

Com isso, diante das inovações trazidas pela lei 13.827/19, as medidas de urgência serão imputadas conforme a urgência em que são determinadas e com a celeridade necessária e não como vem ocorrendo, dado aos inúmeros processos parados no judiciário, suprimindo assim, um sentimento de eficácia da vítima, a que a lei se destina.

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. "PLC 7 de 2016 efetiva direitos fundamentais na Lei Maria da Penha". Revista Consultor Jurídico, jun. 2016. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2016-jun-21/plc-2016-efetivadireitos-fundamentais-lei-maria-penha>>. Acesso em: 01/04/2019

BIANCHINI, Alice Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violação de gênero/Alice Bianchini. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção saberes monográficos).

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, 7 de dezembro de 1940**. Instituiu o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01/04/2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, 3 de outubro de 1941**. Instituiu o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 01/04/2019.

BRASIL. **Projeto de Lei 4.559, de 22 de setembro de 2005**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15/04/2019.

BRASIL. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 15/04/2019.

BRASIL. **Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15/04/2019.

BRASIL. **Lei 13.505, de 8 de novembro de 2017.** Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13505.htm>. Acesso em: 15/04/2019.

BRASIL. **Lei 13.641, de 3 de abril de 2018.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm>. Acesso em: 15/04/2019.

BRASIL. **Lei 13.827, de 13 de maio de 2019.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, a? mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 15/04/2019.

CARDOSO, Bruno. Violência contra a mulher: o que são as medidas protetivas de urgência?. JUSBRASIL. disponível em: < <https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/544108267/violencia-contra-a-mulher-o-que-sao-as-medidas-protetivas-de-urgencia>> acesso em 05/04/2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Avulso – PL 4559/2004. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_requerimentos;jsessionid=A09926DE1EBACA870F9889F2F681310D.node1?idProposicao=272058>. Acesso em 28/03/2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Avulso – PL 94/2018. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7866719&ts=1558960359001&disposition=inline>>. Acesso em 28/03/2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violença doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Anaílton Mendes de Sá. *MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA : NATUREZA JURÍDICA: REFLEXOS PROCEDIMENTAIS*. 2014. 21 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ministério Público, Fortaleza, 2014. Disponível em: . Acesso em: 19/05/2019.

FEIX, Virginia. *Das formas de violença contra a mulher – art. 7o*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JUSTICA. Conselho nacional. CNJ Serviço: passo a passo do processo de violência contra a mulher. 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83023-cnj-servico-passo-a-passo-do-processo-de-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em 06/04/2019.

LIMA, Daiana Alves de. *Os dez anos da Lei Maria da Penha e sua eficácia no combate à violência contra a mulher*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19104&revista_caderno=3>. 21/03/2019.

LIMA, Fausto Rodrigues de. *Dos procedimentos: arts. 13 a 17*. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva Jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIRES, Amom Albernaz. *A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha*. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011.

PRODANOV, Cleber Cristiano. *Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico] : métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico / Cleber Cristiano Prodanov, Ernani Cesar de Freitas*. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

ZAMBONI, J. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e suas implicações procedimentais. **Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 13, n. 29, p. 1-32, 17 dez. 2018.

[1] Advogada em Direito pela faculdade de Anicuns (2007), Professora da Faculdade Serra do Carmo, Brasil.