

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 920

(Ano XI)

(24/08/2019)

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Os abusos da potencial nova lei de abuso de autoridade

19/08/2019|Eduardo Luiz Santos Cabette.....05

ARTIGOS

Aposentadoria rural e aspectos da prova em relação ao produtor rural brasileiro

23/08/2019| Salvador Messias Penga 19

Cyberbullying pelo aplicativo whatsapp e suas repercussões jurídicas no Direito Penal

23/08/2019 05:00 | Amós Ribeiro de Souza 60

A certificação ambiental na licitação

22/08/2019| Alexandre Santos Sampaio69

O caráter tributário das anuidades arrecadadas pelos conselhos de fiscalização profissional

22/08/2019 | Flavio Eduardo Almeida dos Santos Silva 73

Consequências jurídicas da interrupção da gravidez de feto com microcefalia: uma comparação com o teor da ADPF 54

22/08/2019| Vinícius Santos Pondian 85

Princípios de Direito Ambiental

22/08/2019| Lucas Fernandes Pompeu 110

Recursos Extraordinários no Processo Penal

21/08/2019| José Eduardo Brasil Louro da Silveira 122

A luta das mulheres no mercado de trabalho frente à reforma trabalhista: implantação do artigo 394-a da Consolidação das Leis Trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social

21/08/2019| Luana Aparecida Gomes de França 132

O juiz de garantias PL 156/09

21/08/2019| Anieli Dos Santos Modernel 157

O dever de proteção das normas e dos tratados internacionais frente aos Direitos Humanos

20/08/2019| Felipe Augusto Silva Custódio 183

Exercício de guarda por pessoas com deficiência mental: análise das possíveis soluções do conflito entre o interesse do guardião e da criança ou adolescente que estiverem sob guarda

20/08/2019| Débora Fernandes Pessoa Madeira205

A influência dos meios eletrônicos na criminalidade de massa

20/08/2019| Josy Caetano de Almeida 230

Criminalização da LGBTFOBIA: uma problematização necessária

20/08/2019| Maria Eduarda Camargo Pereira 279

Inversão do ônus da prova no confisco criminal no âmbito do crime de lavagem de dinheiro e a destinação desses bens e valores à Polícia Judiciária

19/08/2019 | Diogo Melo Victor 306

Administração Pública e suas relações com os agentes privados

19/08/2019| Alexandre Dias da Silva 348

Panorama Internacional da Execução Provisória das Sentenças Penais

19/08/2019 | José Eduardo Brasil Louro da Silveira364

Direito do penal do inimigo e a materialização no processo penal

19/08/2019| Emerton Lacerda Fonseca 369

MONOGRAFIA

**A harmonia das prisões cautelares perante o princípio da presunção de
inocência**

21/08/2019| Josy Caetano de Almeida.....379

OS ABUSOS DA POTENCIAL NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE, o autor: 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.

1.A GUIZA DE INTRODUÇÃO

A nova Lei de Abuso de Autoridade, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, é oriunda de um Projeto de Lei de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (PLS 85/17).

Nunca houve da parte deste autor maior interesse em analisar o texto ao ponto de tecer comentários técnicos, a uma porque ainda mero projeto passível de alterações e ajustes, a duas porque o então projeto e atual lei aprovada pelo Congresso Nacional, no aguardo de sanção presidencial, jamais mereceu, como não merece, uma análise técnica, já que é um insulto à técnica jurídica.

Malgrado isso, foi aprovada a toque de caixa e pode entrar em vigor, o que não deve causar surpresa num país em que partidos políticos têm ligação direta com o crime organizado (PCC, FARCS etc.). Não deve ser surpreendente num país onde boa parcela dos políticos é suspeita ou envolvida em conluios criminosos e desprovida de um mínimo de cultura geral, que dirá jurídica.

Mesmo assim, talvez por ingenuidade, talvez por necessidade de manter alguma chama de esperança, se acredita que absurdos patentes e atitudes vergonhosas não irão ocorrer. Ledo engano! Chega - se, no paroxismo da

decepção, a indagar se temos efetivamente no Brasil Câmaras Legislativas ou apenas camarilhas de influência perniciosa?

Os comentários que seguem não serão marcados por rigor técnico-jurídico, nem metodologia apurada. São apenas um desabafo diante do "estado de coisas demencial e invertido" que vivenciamos. Afinal, uma legislação como essa sequer é merecedora de atenção séria sob o ponto de vista dogmático.

2.ABUSANDO DA DESFAÇATEZ

A burla dos procedimentos legislativos é procedida sem o menor pudor em audiência pública. Vergonha na cara é algo que já não se sabe nem mais o que é ou então é objeto de chacota.

Com a plena ciência de que o voto aberto inibiria alguns parlamentares minimamente preocupados com sua imagem perante o eleitorado de votarem favoravelmente ao projeto de autodefesa dos maiores criminosos do Brasil, levando a reboque também os infratores comuns, o Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, segundo consta também conhecido pelos vulgares de "Botafogo" ou "Inca", ^[1] produz um arremedo de deliberação sobre o voto aberto ou secreto.

Pede aos parlamentares para que se manifestem sobre o tema e, mesmo havendo um número mais que suficiente deles rechaçando o voto secreto, "finge demência", como se diz popularmente e prossegue com o voto secreto como se nada tivesse ocorrido.

O nefasto projeto é aprovado em regime de urgência sem maiores discussões e sem que se saiba ao certo quais foram os responsáveis diretos por tal aprovação.

A fraude ao procedimento legislativo é uma forma de aviltar a democracia, pois permite que a representatividade popular (se é que esta existe) seja

desprezada, assim como desprezado o regimento das casas legislativas, ferindo a legalidade e legitimidade do próprio processo de elaboração das leis.

Se é possível questionar a verdade da soberania popular nas democracias em um funcionamento normal da chamada “democracia representativa”, imagine-se numa situação pervertida como essa!

Torna-se mais que válida a crítica de Emílio Gentile:

“(…), hoy parece que la sombra de la hipocresía democrática se va extendiendo con la representación escenográfica de una democracia recitativa, que tiene como escenario al Estado, como actores protagonistas a los gobernantes y como comparsa ocasional al Pueblo soberano, que entra en palco solo para la escena de las elecciones, mientras que el resto del tiempo asiste al espectáculo como público”.^[2]

E mais adiante acrescenta:

“Entre una escena y otra de las elecciones, en el escenario de los Estados democráticos prevalecen las oligarquías de gobierno y e partido, la corrupción de la clase política, la demagogia de los líderes, la apatía de los ciudadanos, la manipulación de la opinión pública, la degradación de la cultura política a meros anuncios publicitarios”.^[3]

Considerando que “em la realidad, los gobernantes de las democracias, cuando proclaman trabajar

para hacer efectiva la voluntad del pueblo soberano, se ven acompañados, con frecuencia, por la sombra de la hipocresía” (interpolação nossa). ^[4]

Vale ainda a lição de Dalla – Rosa:

“Em face do atual desenvolvimento cultural e tecnológico alcançado pela humanidade, acrescido de experiências históricas e da constante luta social, o ideal democrático aparece como o regime a estabelecer limites de atuação do poder político, como o princípio norteador das decisões e como controle do exercício legítimo das funções estatais, e mais, como estabilizador das relações e instrumento a serviço da sociedade, da dignidade humana e da equalização das ofertas como causa necessária para a liberdade das ações”. ^[5]

Como é possível então conceber o fato de que uma lei que pretende, ao menos em tese, conter o abuso do poder estatal, já ter origem exatamente num claro e evidente ato de burla da legalidade e abuso na seara legislativa?

3.ABUSANDO DA INGENUIDADE DA POPULAÇÃO

O abuso de autoridade não é uma conduta defensável, sequer admissível em um regime democrático de direito.

Mas, o abuso de autoridade no Brasil já tem uma legislação repressiva que prevê a responsabilidade não somente criminal, como também administrativa e civil dos infratores. Essa normativa é a Lei 4898/65. Ou seja, há uma Lei de Abuso de Autoridade em vigor no nosso país desde 1965.

É bem verdade que essa lei não é marcada por nenhum primor técnico e nem trata com a devida proporcionalidade a repressão ao abuso de autoridade, especialmente na seara penal. Sim, mas isso é um problema do sistema jurídico brasileiro que existe e é apontado pelos estudiosos há muito tempo, na verdade, desde a edição da lei no longínquo ano de 1965. ^[6]

Acontece que as autoridades brasileiras nunca haviam, desde então, chegado com tanta frequência e eficiência a atingir os grandes criminosos, aqueles que se situam nos cumes do poder político e econômico.

Algumas legislações como a Lei de Lavagem de dinheiro, a Lei de interceptação telefônica, a Lei de combate ao crime organizado, entre outras ensejaram oportunidade para que políticos e grandes empresários, repentinamente sentissem o peso de alguma justiça, ainda que em dose homeopática.

Iniciativas como a grande Operação Lava Jato, fruto de ação colaborativa profícua entre a Polícia Federal e Ministério Público, geraram e ainda geram punições até então inauditas, recuperação de recursos desviados ou malversados, eliminação de esquemas gigantescos de corrupção envolvendo o setor público e a iniciativa privada. E essas iniciativas, como a da Lava Jato, vão dando frutos, inspirando ações por todo o país, com as polícias judiciárias finalmente encontrando sua vocação investigativa de grande alcance. Com o aprimoramento das polícias judiciárias sendo objeto de maior consideração e com o Judiciário e o Ministério Público também tomando consciência de suas missões para além do trato com a criminalidade ordinária, colocando, enfim, ao menos inicialmente, em prática uma das grandes contribuições da chamada Criminologia Crítica, ao apontar a impunidade que sempre imperou no campo da chamada "criminalidade de colarinho branco" ("White Collar Crimes"). ^[7]

Doutra banda, esses grandes criminosos e grupos passam a sentir-se ameaçados e alguns já punidos como jamais imaginaram que ocorreria. Isso tudo ao ponto de, absurdamente, num arroubo somente possível numa consciência mergulhada nas trevas de um mundo de valores invertidos, vir a público um representante de categoria constitucionalmente reconhecida como essencial à justiça, afirmar que essas iniciativas "paralisam o país" (sic).¹⁸¹ Será possível que teremos de aceitar que a corrupção é realmente uma espécie de "graxa" ou "lubrificante" imprescindível para que as engrenagens do Estado e da iniciativa privada tenham funcionalidade? A este autor mais parece, com o perdão dos mais pudicos, que o "lubrificante" que se quer manter serve mesmo é para "estuprar" com mais facilidade e deslizamento o já sofrido povo brasileiro.

Não é aceitável o acatamento da chamada "Teoria da Graxa sobre rodas" ("Grease the wheels theory"), que assevera que algumas práticas de corrupção devem ser toleradas, como meio de superação da emperrada engrenagem burocrática do Estado, vez que isso ensejaria maior liberdade ao setor privado e criaria mais oportunidade de crescimento econômico. É, porém, de obviedade gritante que se há empecilhos estatais ao desenvolvimento, o problema está nesses empecilhos, não no Princípio da Moralidade Pública e da Proibição Administrativa. Sem sombra de dúvida, há que ter como fundamento a teoria oposta, qual seja, a "Teoria da Bola de Neve" ou "Teoria das Rodas Lixadas" ("Sand the wheels theory"), segundo a qual a permissividade com a corrupção conduz a uma terrível crise institucional, insegurança e conseqüente catástrofe econômica, tal como se viu, na prática, no Brasil. O denominado "Governo da Cleptocracia", bem ilustrado pela figura do denominado "Estado Vampiro", que aparenta legalidade, mas é, na verdade, dirigido por ladrões, converte o "Estado Democrático de Direito" em um "Estado Cleptocrático de Direito". Os recursos públicos apenas ficticiamente seriam empregados para o bem comum. Na realidade são meios para perpetuar grupos no

poder e para enriquecer privilegiados “amigos do rei”, enquanto o cidadão é marginalizado, seja ele pertencente a uma chamada “minoria” ou não. O “ser humano” (e é só isso que importa) é violentado em sua dignidade pela corrupção da política, por sua perversão em termos éticos. ^[9]

Então, de 1965 a 2017 (este último o ano do famigerado projeto, como já se mencionou), ninguém sentiu a premente necessidade de uma nova Lei de Abuso de Autoridade!? E agora, somente agora, quando a macrocriminalidade é aos poucos atingida pela persecução criminal, o tema, repentinamente, se torna tão relevante e precisa até ser votado em regime de urgência, sem o menor pudor em burlar os procedimentos legislativos para que o voto secreto possa encobrir a hipocrisia e a demagogia de muitos políticos!?

Pretender que a população não perceba isso é realmente querer abusar da nossa ingenuidade e apostar cegamente na inocuidade da desilusão popular.

Mas, esse fenômeno já vem se mostrando sombrio para a legitimação e manutenção do funcionamento da representatividade política:

“Pero luego veremos como, en el momento mismo en que la soberania popular parece triunfante, en las democracias reales se han manifestado los sintomas de un malestar: el principal y el más alarmante de todos es la desilusión, la desafección, la desconfianza del Pueblo soberano respecto a los gobernantes, a las instituciones democráticas, a los partidos, junto a la cada vez más difusa convicción, en el próprio pueblo, de que ya no es soberano”. ^[10]

Parece, infelizmente, que nosso Congresso Nacional não se dá conta do quanto sua credibilidade é baixa, não se preocupa em nada com os anseios populares, muito menos sequer com a *aparência* de honestidade.

4. ABUSANDO DA LEGALIDADE ESTRITA

Não foram somente os procedimentos legislativos formais os despidoradamente violados para a aprovação dessa lei aberrante no Congresso Nacional.

Há vícios materiais gravíssimos na sua redação, os quais criam insegurança jurídica e conformações redacionais absolutamente incompatíveis com as regras e princípios informativos do Direito Penal hodierno.

A Lei 4898/65, que trata neste momento histórico do abuso de autoridade, também não é perfeita. É mesmo altamente criticável, inclusive com relação à técnica redacional de seus tipos penais. Em seu artigo 3º, apresenta tipos penais abertos ou indeterminados, não descrevendo pormenorizadamente as condutas incriminadas. Entretanto, tem o corretivo de haverem sido concebidos tais dispositivos como fórmulas gerais em complemento às condutas descritas com pormenores no seguinte artigo 4º, do mesmo diploma. Sendo assim, doutrina e jurisprudência já fixaram entendimento de que o artigo 3º, da Lei 4898/65 somente tem uso complementar ao artigo 4º, e mediante técnica de "interpretação analógica". ^[11]

De qualquer forma, em que pesem falhas as mais variadas da atual Lei 4898/65, fato é que a legislação potencialmente vindoura é aberrante ao extremo e é de trivial conhecimento que dois vícios não resultam jamais em uma virtude.

Já a atual potencial Lei de Abuso de Autoridade é prenhe de dispositivos escritos sem qualquer determinação semanticamente segura, infringindo frontalmente o "Princípio da Legalidade Estrita", *sem qualquer caminho*

hermenêutico de abrandamento. Não basta, no âmbito criminal, haver lei escrita e prévia, não basta a chamada "mera legalidade", é necessário que tipos penais tenham descrições de condutas semanticamente determinadas, evitando a subjetividade interpretativa, seja das pessoas em geral, submetidas à lei incriminadora, para que saibam, com segurança, o que lhes é defeso, seja dos operadores e aplicadores do Direito, para que não tenham margem de atuação arbitrária e abusiva. ^[12]

É algo extremamente paradoxal o fato de que uma lei que supostamente visa coibir abusos de autoridade, justamente abra caminho para o arbítrio e nasça violando desavergonhadamente o "Princípio da Legalidade Estrita", que é um dos grandes limites impostos à repressão ilimitada do Estado sobre o indivíduo, limite este conquistado a duras penas pelo espírito combativo de pensadores da liberdade como, por exemplo, o Marquês de Beccaria, nos idos do século XVIII. ^[13] Estamos no século XXI ou retrocedemos numa máquina do tempo grotesca, com suas engrenagens lubrificadas pela intrujice, pela corrupção e pelos interesses mais escusos e inconfessáveis?

5. ABUSANDO DA PACIÊNCIA

O que a população brasileira quer é uma Polícia, um Ministério Público e um Judiciário fortes, independentes e capazes de cumprir a contento seus misteres, doa a quem doer. Sabe-se que para tanto tais órgãos precisam de um arcabouço jurídico que lhes garanta dignidade e segurança, bem como de meios de pessoal e material suficientes para o devido exercício de suas importantes e complexas funções.

Não é nem pode ser desejo do povo brasileiro ter uma Polícia vilipendiada, manietada e um Ministério Público e Judiciário intimidados.

É de se perquirir a quem interessa a tibieza desses órgãos, a quem interessa sua amarração por uma lei imprecisa e sujeita ao uso como elemento de intimidação e paralisação?

A resposta é óbvia e certamente a população brasileira já está exausta desses interessados e de suas tramas sujas.

Os únicos interessados são aqueles que compõem a grande criminalidade, porque a ordinária somente está sendo levada de roldão aos benefícios do enfraquecimento e do engessamento das instituições responsáveis pela persecução criminal.

Acaso essa lei odiosa seja aprovada, aqueles que lidam com as questões criminais terão imensa dificuldade (a qual já têm o bastante) para investigar ou processar, e ainda para aplicar quaisquer cautelares processuais penais, especialmente a suspeitos potentados política e /ou economicamente.

As audiências de custódia certamente transformar-se-ão em verdadeiras audiências de soltura. Será imensamente difícil obter uma necessária ordem de busca e apreensão, uma ordem de interceptação telefônica ou telemática, uma prisão temporária, uma prisão preventiva ou uma quebra imprescindível de sigilo fiscal ou bancário. Empecilhos serão impostos a atos corriqueiros de investigação e até de policiamento ostensivo-preventivo, conduções, uso de algemas, tudo em prejuízo da segurança da população, dos policiais principalmente (em especial os da linha de frente nas ruas) e até mesmo, em situações extremas, das próprias pessoas presas ou suspeitas, eis que confrontos de resistência facilmente evitáveis pelo simples uso preventivo de algemas, podem resultar em lesões ou morte do resistente. Afinal, mesmo acuados pela lei, os policiais preferirão responder a processos criminais, administrativos e civis do que serem lesionados ou mortos sem reação, qual cordeiros em sacrifício demoníaco.

E não se objete que a Súmula Vinculante do STF n. 11 já limita o uso de algemas, pois que os próprios tribunais vêm arrefecendo a dureza aparente da redação sumular, forçados pelo reconhecimento da realidade do mundo da vida.

A paciência da população tem algum limite. No Brasil esse limite parece ser quase inalcançável, mas não o é, podendo surpreender aqueles que pensam ser os donos do poder e do país de forma incondicional e inabalável.

6.A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Em conclusão apenas um recado: essa malfadada lei, produto do arдил e da má intenção tem de ser vetada totalmente pelo Presidente da República.

Em seu retorno ao Congresso Nacional, que seja revista à luz dos princípios do Direito Penal constitucionalmente reconhecidos e, se for novamente à votação, que seja está aberta, deixando clara a posição de cada parlamentar para o seu eleitorado.

7.REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

BLOCK, Fred L. *The Vampire State*. New York: New Press, 1996.

CAMPIDELLI, Cristiano. Teoria da Graxa sobre rodas, Teoria do Estado Vampiro e Teoria da Exceção de Romeu e Julieta. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 16.08.2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal/Legislação Penal Especial*. Volume 4. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALLA – ROSA, Luiz Vergílio. *O Direito como Garantia*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer, et. al. São Paulo: RT, 2002.

GENTILE, Emilio. *La mentira del Pueblo soberano en la democracia*. Trad. Carlo A. Caranci. Madrid: Alianza, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. *O jogo sujo da corrupção: pela implosão do sistema político-empresarial perverso. Em favor da Lava Jato, dentro da lei, e pela reconstrução do Brasil*. Bauru: Astral Cultural, 2017.

MORAES, Alexandre de, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 10^a. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Ítalo. *Lava Jato não deve ser um livro interminável, diz novo presidente da OAB*. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/lava-jato-nao-deve-ser-um-livro-interminavel-diz-novo-presidente-da-oab.shtml>, acesso em 16.08.2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006.

TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo. *Perícia da PF indica repasses de R\$ 1,5 mi da Odebrecht a Rodrigo Maia e seu pai*. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/pericia-da-pf-indica-repasses-de-r-15-mi-da-odebrecht-a-rodrigo-maia-e-seu-pai.shtml>, acesso em 16.08.2019.

NOTAS:

^[1] TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo. *Perícia da PF indica repasses de R\$ 1,5 mi da Odebrecht a Rodrigo Maia e seu pai*. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/pericia-da-pf-indica-repasses-de-r-15-mi-da-odebrecht-a-rodrigo-maia-e-seu-pai.shtml>, acesso em 16.08.2019.

^[12] GENTILE, Emilio. *La mentira del Pueblo soberano en la democracia*. Trad. Carlo A. Caranci. Madrid: Alianza, 2018, p. 14.

^[13] Op. Cit., p. 16.

^[14] Op. Cit., p. 51.

^[15] DALLA – ROSA, Luiz Vergilio. *O Direito como Garantia*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 59.

^[16] V.g. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006, p. 34.

^[17] Ver por todos: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 165.

^[18] NOGUEIRA, Ítalo. Lava Jato não deve ser um livro interminável, diz novo presidente da OAB. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/lava-jato-nao-deve-ser-um-livro-interminavel-diz-novo-presidente-da-oab.shtml>, acesso em 16.08.2019.

^[19] Cf. BLOCK, Fred L. *The Vampire State*. New York: New Press, 1996, “passim”. Também: CAMPIDELLI, Cristiano. Teoria da Graxa sobre rodas, Teoria do Estado Vampiro e Teoria da Exceção de Romeu e Julieta. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 16.08.2019. E ainda: GOMES, Luiz Flávio. O jogo sujo da corrupção: pela implosão do sistema político-empresarial perverso. Em favor da Lava Jato, dentro da lei, e pela reconstrução do Brasil. Bauru: Astral Cultural, 2017, “passim”.

^[10] GENTILE, Emilio, Op. Cit., p. 13.

^[11] Neste sentido por todos: MORAES, Alexandre de, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16. CAPEZ,

Fernando. *Curso de Direito Penal* Legislação Penal Especial. Volume 4. 10^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23 – 24.

^[12] Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer, et. al. São Paulo: RT, 2002, p. 305.

^[13] BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, "passim".

APOSENTADORIA RURAL E ASPECTOS DA PROVA EM RELAÇÃO AO PRODUTOR RURAL BRASILEIRO

SALVADOR MESSIAS PENGA, o autor: Acadêmico do 9º período de Direito do Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (CEULJI). Diretor Presidente do Sindicato dos Produtores Rurais de Jaru Rondônia.

AROLDO BUENO DE OLIVEIRA[1]

(Orientador)

Resumo[2]: Pretende-se neste artigo analisar a aposentadoria rural e aspectos da prova em relação ao produtor rural brasileiro; para tanto, parte do desenvolvimento da previdência em relação à aposentadoria por idade a partir da década de 60 chegando à Constituição Federal de 1988 que trouxe novas regras a previdência social. Além disso, analisar-se-á o procedimento para a comprovação da atividade dos produtores rurais: segurado especial, contribuintes individuais e empregador equiparado a segurado especial; os requisitos necessários para a concessão de benefícios previdenciários, à comprovação da atividade rural, por meio da prova plena, do início da prova material, da justificação administrativa, da declaração sindical como prova do exercício da atividade rural e sua eficácia, a aposentadoria híbrida e a perda da qualidade de segurado, o procedimento administrativo para concessão da aposentadoria, os recursos administrativos ordinários e especiais e seus respectivos prazos de imposição.

Palavras-chave: Aposentadoria. Produtor. Previdência Social. Rural. Benefício.

Abstract: This article analyzes the rural retirement and aspects of the proof in relation to the Brazilian rural producer, and for that, part of the development of the pension in relation to the retirement by age from the 60's, the Federal Constitution of 1988 that brought new rules on social security. In addition, it is necessary to analyze how rural insurers, special insurers, individual taxpayers and the employer who is treated as a special insured must prove the rural activity of the rural producers, as well as the requisites for granting social security benefits, for proof of rural activity. Proof of the exercise of the rural activity and its effectiveness, the hybrid retirement and the loss of the insured status, the administrative procedure for the granting of retirement, the resources ordinary and special administrative procedures and due time limits for imposition.

Keywords: Retirement. Producer. Social Security. Rural. Benefit.

Introdução

No Brasil, o seguimento rural foi marcante, desde a colonização no trabalho da terra com vistas à produção e posse, disponibilizando para tanto de animais e principalmente humanos – há pouco mais de um século utilizava mão de obra escrava – nos primeiros ciclos econômicos. Com o desenvolvimento cultural humano e a tecnologia no campo, a mão de obra humana foi diminuindo; seja pela Lei Áurea, pelas influências da positividade do direito, e pelo constitucionalismo, culminou com o surgimento de produtores rurais com os pensamentos voltados para o direito do homem.

A partir dos anos 60 o Estado brasileiro vem demonstrando interesses em participar ativamente para organizar e assegurar a previdência social dos rurícolas, como um seguro para aqueles que não têm mais bastante força física, para desenvolver o trabalho e garantir seu sustento; sabe-se que a tarefa é árdua, pois, o país possui uma população rural ampla e, o estado tem o seu desenvolvimento econômico, de maior algarismo, vindo do trabalho dessa população, o que deixa o Estado em déficit social para com ela.

Estaria fadado ao fracasso, qualquer plano de desenvolvimento econômico no Brasil, que não considerasse a produção rural como grandeza econômica basilar; portanto, não seria justo deixar de garantir aos brasileiros do campo, um plano de previdência social que adequasse as suas peculiaridades e capacidade contributiva.

Os pequenos produtores rurais carecem de um plano de previdência social especial, pois, a renda familiar auferida tem que ser bem gerida, para garantir o sustento da família. Considerando que o preço pago ao produtor rural pela sua produção é variável, o que torna difícil custear um plano previdenciário contributivo que garanta uma aposentadoria na velhice.

Para a melhor compreensão do assunto, considerar-se-á o contexto histórico da previdência social no Brasil, com foco a previdência dos produtores rurais, buscando comparar a evolução deste instituto, analisando a legislação previdenciária.

O início do trabalho buscar-se-á, a compreensão de aposentadoria por idade do produtor rural, contextualizando a partir de marcos legais, conceitos doutrinários e da jurisprudência, analisando o que são as prestações pagas pela previdência social, à possibilidade da aposentadoria híbrida e se é possível ocorrer à perda da qualidade do segurado rural.

Estudar-se-á o produtor rural pessoa física contribuinte individual, o segurado especial e o produtor rural empregador, considerado segurado especial, para fins de previdência social, bem como são auferidas suas contribuições ao

regime geral de previdência. Serão apresentados os requisitos necessários, para a concessão da aposentadoria por idade rural dos produtores, notando o período de transições e o direito adquirido.

Mostrar-se-á como deverá ser feita a comprovação da atividade rural e os aspectos da prova em relação ao produtor rural, e o sistema de cadastro dos produtores rurais e de sua família, a ser desenvolvido em cooperação com as instituições sindicais, para a comprovação da atividade rural.

Ad ultimum, será apresentado os procedimentos administrativos para concessão da aposentadoria por idade rural, considerando as recentes alterações, pois, são contínuas as mudanças na legislação previdenciária, e essas mudanças, na maioria das vezes, não chegam ao conhecimento do homem do campo, bem como ainda analisar o procedimento dos recursos administrativos.

Para tanto, o método utilizado será o hipotético dedutivo, com coleta de dados de forma bibliográfica, complementado pela legislação brasileira pertinente, a fim de que sejam atendidos os objetivos do trabalho. Além disso, os entendimentos doutrinários e as jurisprudenciais dos Tribunais Superiores serão de grande importância para a obtenção dos objetivos do presente trabalho.

Dada à necessidade de aprofundar este assunto de inteira relevância social e econômica, se faz oportuno analisar e compreender os aspectos que envolvem o procedimento de comprovação da atividade dos produtores rurais, para verificar a eficácia e adequação das normas impostas pela legislação brasileira.

- Aposentadoria por Idade Rural

Antes de compreender a aposentadoria por idade rural, se faz necessário relembrar a evolução legislativa sobre a previdência rural no Brasil. A história do produtor rural tem seu início com o próprio desenvolvimento humano, tendo como necessidade básica a alimentação, que as extraía da terra garantindo a sua sobrevivência e com suas experiências rurícolas percebe que da terra seria possível prover as demais necessidades fisiológicas, iniciando com o extrativismo vegetal, a pesca e a caça, sempre buscando a perfeição nos seus instrumentos de trabalho visando alcançar melhor resultados.

Apesar de que desde a época do Brasil colônia já houvesse menção de previdência social para o trabalhador da cidade, foi depois de 1963, com a criação do Estatuto do Trabalhador Rural pela Lei n.º 4.214, de 2 de março de 1963, revogada pela Lei n.º 5.889/73, é que se pode dizer que houve norma previdenciária, contemplando os trabalhadores e empregadores rurais. (BRASIL, 2018)

O artigo 158 da referida lei, já revogada, criou o “Fundo Assistência e Previdência do Trabalhador Rural FUNRURAL”, sendo custeado com 1% (um) por cento, do valor dos produtos agropecuários, surgindo então normas quanto à previdência do trabalhador rural, o artigo 164 vem trazendo a figura do benefício da aposentadoria por velhice, entre outros. (BRASIL, 2018)

O Decreto-Lei n.º 276/67, altera a Lei n.º 4.214/63, antes mencionada, e que no artigo 160 contempla como beneficiários os trabalhadores rurais, os pequenos produtores rurais, na qualidade de cultivadores ou criadores, diretos e pessoais, definidos em regulamento e como dependentes dos segurados a esposa e o marido inválidos, os filhos, de ambos os sexos e de qualquer condição, menores de 16 anos ou inválidos o pai e a mãe inválidos e no § 1º quem se equipara à esposa a companheira do segurado. (BRASIL, 2018)

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari “[...] os trabalhadores rurais passaram a ser segurados da Previdência Social a partir da edição da Lei Complementar n.º 11/1971” (2017, p. 58). Outras normas sugeriram desde 1963 até a Constituição Federal de 1988, na tentativa de uniformidade dos benefícios à população urbana e rural e aposentadoria ao homem e mulher do campo, considerando as peculiaridades próprias dos rurícolas.

A Constituição Federal de 1988 - CF/88, já no artigo 7º, equipara os direitos do trabalhador rural aos direitos do trabalhador urbano e no artigo 195, parágrafo 8º, constitui norma própria, para os agricultores que desenvolve atividade em regime de economia familiar, efetuarem suas contribuições em favor da Previdência Social.

Art. 195.

[...]

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus a benefício na forma e nos termos da lei. (BRASIL, 2018)

O artigo 201, § 7º inciso II, da Constituição Federal do Brasil de 1988, assegura aposentadoria no regime geral de previdência social ao produtor rural, observa-se:

Artigo 201

[...]

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

[...]

II - sessenta e cinco Anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (BRASIL, 2018)

Assim, somente com a Constituição Federal de 1988, os produtores rurais e trabalhadores puderam fazer parte plenamente da Previdência Social, com direito a aposentadoria por idade, restando somente à lei ordinária para oferecer plena efetividade ao comando constitucional, para tanto, foi publicada as Leis n.º 8.212/91, lei de custeio, e n.º 8.213/91, lei de benefícios.

A Lei n.º 8.213/91, no artigo 142 traz regras de transição para o empregador rural coberto pela Previdência Social Rural, ou seja, contribuinte, fixando número de contribuições mensais previstas em uma tabela progressiva, parte do mesmo artigo legal, observando o ano que implementou todas as condições necessárias para concessão do benefício.

Para os produtores rurais que não estavam contribuindo com a Previdência Social Rural, a referida tabela, prevista no artigo 142 da Lei n.º 8.213/91, fixou número de meses de carência de efetivo exercício da atividade rural, ainda que em período não contínuo, imediatamente anterior ao requerimento da aposentadoria, artigo 143 da Lei n.º 8.213/91.

Art. 142. Para o segurado inscrito na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, bem como para o trabalhador e o empregador rural coberto pela Previdência Social Rural, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício: (BRASIL, 2018)

Visto a breve evolução, para compreender a aposentadoria rural, é necessário entender o que são benefícios previdenciários, e como eles serão pagos e a finalidade; segundo Ivan Kertzman,

Os benefícios previdenciários são prestações pagas em dinheiro aos trabalhadores ou aos seus dependentes. Alguns

deles substituem a remuneração do trabalhador que ficou, por algum motivo, impedido de exercer sua atividade. Outros são oferecidos como complementação de rendimento do trabalho ou, até mesmo, independentemente do exercício de atividade. (2015, p. 334)

Nas palavras Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari,

As prestações previstas no Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213/91) são expressas em benefícios e serviços. As prestações são o gênero, do qual são espécies os benefícios e serviços. Benefícios são valores pagos em dinheiro aos segurados e dependentes. Serviços são prestações imateriais postas à disposição dos beneficiários. (2017, p. 335)

Para Ivan Kertzman (2015, p. 335), aposentadoria por idade, “É o benefício concedido à pessoa que completou 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher. Os trabalhadores rurais são beneficiados com redução de cinco anos nestas idades, podendo aposentar-se com 60 anos, se homens, e 55 anos, se mulheres”.

Das espécies de prestações paga pela previdência social pública, objeto do presente artigo, entre outros, a aposentadoria por idade do produtor rural, que além da previsão constitucional, já vista anteriormente, está prevista no artigo 48 da Lei 8.213/91, sendo que para os segurados especiais o parágrafo 1º prevê a redução de idade. (BRASIL, 2018)

Portanto, os benefícios previdenciários são valores pagos em dinheiro aos segurados e seus dependentes, para o produtor rural segurado especial, além desses, também são pagos aos membros do grupo familiares definidos conforme artigo 11, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 8.213/91.

- Aposentadoria por idade “mista” ou “híbrida” da lei n.º 11.718/2008

A nova norma faz nascer ao produtor rural o direito de contar tempo de atividade rural, exercido, ainda que de forma descontínua, imediatamente anterior ao cumprimento dos requisitos, com tempo de atividade exercida em outras categorias. Artigo 48 e os §§ 1º, 2º e 3º da Lei n.º 8.213/91 dispõe:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.
§ 1º Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais,

respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea *a* do inciso I, na alínea *g* do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei.

§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se for considerado períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher. (BRASIL, 2018)

O parágrafo 3º da citação em epígrafe, que dispõe se o trabalhador rural não conseguir comprovar o efetivo exercício da atividade rural, ainda que não tenha trabalhado todos os períodos, observando as atividades que descaracterizam a condição de segurado especial, poderá utilizar-se, para efeito do cômputo da carência, o período de contribuição sobre outras categorias, devendo para tanto desistirem da redução do requisito idade mínima, previsto pela Constituição federal, em relação aos trabalhadores urbanos.

Cabendo indagar se é possível o uso de período rural para cômputo com período urbano, ou seja, por ocasião do requerimento administrativo a última categoria do trabalhador ser a urbana.

Conforme, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, a interpretação do aludido § 3º deverá ser feita conforme a norma constitucional o que estende a proteção também aos trabalhadores urbanos,

A interpretação literal do § 3º desse dispositivo pode conduzir o intérprete a entender que somente os trabalhadores rurais farão jus à aposentadoria "mista" ao completarem 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher. Entretanto, essa não é a melhor interpretação para as normas de caráter social.

As normas previdenciárias devem ser interpretadas com base nos princípios constitucionais que regem o sistema, especialmente aqueles contidos nos art. 194, parágrafo único, e art. 201 da CF/1988. (2017, p. 445)

Para Marisa Ferreira dos Santos, entende ser possível a concessão da aposentadoria rural híbrida, e que sendo computado tempo de segurado especial o salário de contribuição, a ser considerado, será de um salário mínimo.

É comum no meio rural que o trabalhador alterne períodos de atividade rural e de atividade urbana, sem que consiga completar os requisitos para se aposentar por idade como trabalhador rural ou como trabalhador urbano.

Com as alterações introduzidas pela Lei n. 11.718, que acrescentou os §§ 3º e 4º ao art. 48, restou autorizado ao trabalhador rural o **cômputo de períodos que não sejam de atividade rural**, para fins de aposentadoria por idade.

Nesse caso, o segurado deverá comprovar **65 anos** de idade, se homem, e **60 anos** de idade, se mulher.

Se forem computados períodos como segurado especial, o salário de contribuição mensal desses períodos será o limite mínimo do salário de contribuição da Previdência Social, que atualmente é de um salário mínimo. (2016, p. 458)

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, ao decidir o direito da aposentadoria híbrida rural acordou que é permitido combinar o período urbano ao período rural e vice-versa, para o cômputo da carência mínima, (REsp 1.367.479/RS, (10ª09ª2014) Relator: Ministro Mauro Campbell Marques) e (REsp 1.684.173 RS (2017/0166053-8) Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho). (BRASIL, 2018)

Portanto, a doutrina e a jurisprudência, considerando o princípio constitucional da uniformidade dos benefícios às populações urbanas e rurais, fixam entendimento que é possível à concessão de aposentadoria híbrida rural e que é permitido combinar o período urbano ao período rural e vice-versa.

O INSS emitiu em janeiro de 2018 o Memorando-Circular Conjunto nº 1 /DIRBEN/PFE/INSS, tratando da concessão de aposentadoria por idade híbrida, não sendo relevante qual tenha sido a última a atividade se urbana ou rural, baseado na decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 5038261-15.2015.4.04.7100/RS com eficácia no território nacional. (IBDP, 2018)

A aposentadoria por idade é prestação mensal paga pela previdência social ao produtor rural, que comprovar atividade rural pelo período de 180 meses e ter idade mínima de 60 anos para os homens e 55 anos para as mulheres, pode utilizar de períodos urbanos para complemento da carência, desde que tenha idade mínima igual aos urbanos.

1.2. - Da perda da qualidade de segurado para da aposentadoria por idade (Lei n.º 10.666/2003)

A perda da qualidade de segurados, quando ocorre o contribuinte não poderá usufruir de benefícios previdenciários, salvo aqueles que a lei os isenta, veja o nas palavras de Marisa Ferreira dos Santos.

Regra geral, transcorrido o período de graça, sem que o segurado volte a pagar contribuições destinadas ao custeio do RGPS, opera-se a perda da qualidade de segurado.

Perder a qualidade de segurado significa perder o direito a toda e qualquer cobertura previdenciária para o segurado e seus dependentes (art. 102 do PBPS). (2016, p. 201)

É garantida ao contribuinte, que mesmo não pagando as contribuições previdenciárias, lhe será mantida a qualidade de segurado, é o que os doutrinadores denominaram período de graça, que estão expressos no artigo 15 da Lei n.º 8.213/91.

O produtor rural que trabalhou em regime de economia familiar, em certo período, mas que por algum motivo deixou a lavoura, e não estar exercendo atividade nesta condição no momento da solicitação do benefício ocorrerá à chamada perda da qualidade de segurado, o que se pode observar da leitura do artigo 48 § 2º da Lei n.º 8.213/91:

Art. 48.

[...]

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período **imediatamente anterior ao requerimento do benefício**, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei. (BRASIL, 2018, grifo nosso)

Assim, a atividade carece estar sendo exercida no mesmo instante do requerimento do benefício, não sendo possível deixar de exercer sua atividade, enquanto aguarda completar a idade mínima, o que causara a perda da qualidade de segurado.

Porém há situações em que o segurado, antes de perder essa condição cumpriu todos os requisitos para obter a aposentadoria, vindo a fazer o

requerimento somente depois de decorrido um período; nesses casos, a legislação previdenciária garante que o benefício seja concedido na forma da legislação da época aquisitiva do direito. É a garantia constitucional do direito adquirido, conforme disposto no artigo 102 § 1º Lei n.º 8.213/91. (BRASIL, 2018)

O artigo 3º § 1º da Lei n.º 10.666/2003 traz regra que exclui a perda da qualidade de segurado para fins de aposentadoria por idade, veja-se:

Art. 3º A perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial.

§ 1º Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício. (BRASIL, 2018).

Quanto à aplicação da norma em favor do produtor rural segurado especial, em consonância ao princípio constitucional da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, seria possível, mas o tema foi algo de controvérsia no âmbito administrativo e judicial.

No PARECER 724 /2012 /CONJUR-MPS/CGU/AGU, proferido em 28/12/2012 pelo Consultor Jurídico Luiz Fernando Bandeira de Mello, relata controvérsia no âmbito do Conselho de Recursos do Seguro Social.

10. Ouvido o ilustrado Conselho de Recursos da Previdência Social, este esclareceu inexistir entendimento uniforme no âmbito de suas quatro Câmaras de Julgamento quanto ao ponto debatido. E mediante o Despacho DAJ/LDV n.º 069/2012 de 25.5.2012 (fls. 191-194) informou que a 1ª CAJ/CRPS é favorável à aplicação do art. 3º, §1º 9, da Lei n.º 10.666/2003 aos segurados especiais; enquanto a 2ª e 3ª CAJ entendem incabível aludida regra para aposentadorias rurais; e a 4ª CAJ não ostenta posicionamento unânime sobre a questão. (MELLO, 2012).

Conforme, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari a jurisprudência é no sentido que a referida norma não deverá ser aplicada aos produtores rurais segurados especiais.

Cabe mencionar que a Lei n.º 10.666/2003 (art. 3, § 1º) estabelece que para a concessão da aposentadoria por idade,

a perda da qualidade de segurado não será considerada, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício.

Consoante orientação firmada pelo STJ, a regra da não simultaneidade dos requisitos não tem validade no caso da aposentadoria por idade rural, sendo necessário que o segurado especial comprove o cumprimento da carência no período que antecede o implemento da idade ou o requerimento (*STJ, PET 7.476, 3ª Seção, Relator p/ acórdão Min. Jorge Mussi, DJe 25.4.2011*)

Ademais, ao julgar recurso repetitivo (Tema 642), confirmou a tese de que: “O segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício”.

“Ressalvada a hipótese do direito adquirido, em que o segurado especial, embora não tenha requerido sua aposentadoria por idade rural, preencheria de forma concomitante, no passado, ambos os requisitos carência e idade.” (REsp n. 1.354.908/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento em 9.9.2015).

No que diz respeito à apuração dos requisitos para a concessão da aposentadoria por idade, a jurisprudência da TNU é no sentido de ser o momento em que o requisito etário é implementado ou aquele em que o requerimento administrativo é protocolizado. No caso em referência, o relator do processo, Juiz Federal Otávio Port, considerou que levar em conta a data em que a pessoa formulou o requerimento administrativo seria uma afronta ao princípio da isonomia uma vez que distinguiriam, de forma indevida, duas pessoas que, embora tendo a mesma idade e o mesmo tempo de contribuição, formularam seus requerimentos administrativos em momentos distintos (Proc. 2005.72.95.01.7041-4, *DJ* de 13.10.2009). (2017, p. 441, grifo do autor).

Portanto, conforme o entendimento jurisprudencial não deve ser aplicado à previsão do artigo 3º §1º da Lei n.º 10.666/2003, para o produtor rural segurado especial, a qual permitiu a separação da comprovação dos requisitos de carência e

idade para aquisição de aposentadoria aos trabalhadores urbanos, em que o benefício implica a comprovação de contribuições mensais.

Para os produtores rurais contribuintes ou não da previdência social em relação à manutenção e perda de qualidade de segurado, a Instrução Normativa do INSS de número 77, no § 10 do artigo 137 remete aos incisos I a V do mesmo artigo. (BRASIL, 2018)

O produtor rural segurado especial que deixar de exercer atividade e ocorrendo a perda da qualidade de segurados, poderá contar com as atividades exercidas anteriores, se retornar a exercê-las "Se o segurado trabalhador rural deixar de exercer a atividade rural, ainda que tenha ocorrido à perda da qualidade de segurado e voltar àquela atividade, poderá obter benefícios contados todo o período de atividade rural;" (SENAR, 2016, p. 149).

O artigo 24 da Lei n.º 8.213/91 passou a contar com o parágrafo único, por força da Medida Provisória n.º 242, de 2000, revogada pela Medida Provisória n.º 767, de 2017 que foi alterada pela lei de conversão Lei n.º 13.457, de 2017 que previa:

Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido. (BRASIL, 2018)

Ocorre que, ao produtor rural perder a qualidade de segurado, era aplicado o disposto no parágrafo único, portanto, considerando que a carência para aposentadoria rural é de 180 meses de atividade rural, assim, deveria trabalhar mais 60 meses em atividade rural para readquirir qualidade.

Na Lei n.º 13.457/2017, o parágrafo único do artigo 24 da Lei de Benefício da Previdência Social, deixou de existir, parecendo ter chegado ao fim essa polêmica, prevalecendo o entendimento que voltando a exercer atividade rural, o que deverá ser comprovado, poderá o produtor rural obter benefícios contados todo o período de atividade rural.

Assim, resta que a aposentadoria dos produtores rurais é um instituto bem complexo, norteadas pelos princípios constitucionais da Seguridade Social com vasta legislação infraconstitucional, exigindo sempre do operador do direito uma interpretação conforme a Constituição Federal.

- Produtores Rurais Segurados da Previdência Social

Para compreender quem são os produtores rurais, para fins de enquadramento como segurados da Previdência Social, é necessário atentar-se aos ditames da legislação previdenciária, o que não é aconselhado em relação ao enquadramento sindical e para fins do Plano Agrícola e Pecuário (PAP), que são regidos por regulamento próprios.

Ocorre que, com a existência de vários programas governamental, enquadrando produtores rurais dentro das suas finalidades, tem causado muita confusão para definir o produtor rural como categoria, principalmente para o enquadramento junto à previdência.

Quanto produtor rural contribuintes individuais e os segurados especiais a Federação da Agricultura do Estado de Mato Grosso - FAMATO no Informativo Técnico 33ª2013 informa que,

A confusão que se estabelece ao fato de que a legislação diferencia o produtor rural/empregador e o produtor em regime de economia familiar, ou seja, aquele que explora a atividade rural sem uso de empregados permanentes, planta para subsistência e não tem outra atividade remunerada. (FAMATO, 2013).

Segundo a FAMATO, Informativo Técnico 33ª2013, compreende-se que o empregador rural, para fins de aposentadoria, divide-se de duas formas: a aposentadoria do empregador rural, que será aos 65 anos para o homem e aos 60 anos para a mulher e carência mínima de 180 contribuições, que serão de 20% (vinte por cento) de um salário mínimo até o teto máximo previdenciário, e terá o salário de benefício conforme o valor das suas contribuições, já o produtor rural, que exerce agricultura em regime de economia familiar, terá sua aposentadoria aos 60 anos de idade para homens e 55 anos para mulheres, devendo comprovar 180 meses de atividade e terá o salário de benefício no valor de um salário mínimo. (FAMATO, 2013)

Logo, a legislação previdenciária definiu o produtor rural, para fins de contribuição e benefícios, como produtor rural pessoa física e produtor rural segurado especial, entre outras categorias que não são objeto de nosso estudo, portanto passa-se a estudar os produtores rurais para fins de previdência social.

2.1. - Produtor rural pessoa física - contribuinte individual

O produtor rural pessoa física, está previsto no artigo 11, inciso V, alínea "a" da Lei n.º 8.213ª91 e artigo 12 inciso V da Lei n.º 8.212ª91 como sendo:

Lei n.º 8.213ª91

[...]

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

[...]

V - como contribuinte individual:

a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 9º e 10 deste artigo; (BRASIL, 1991).

Para fins de previdência social, o produtor rural pessoa física, será quem tendo o domínio (propriedade) ou não (posse) que explore atividade agropecuária, a qualquer título (parceiros, arrendatário, usufrutuário etc.), ainda que não seja contínuo, sendo em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais da região, será contribuinte individual da previdência social.

Ainda, o produtor rural que exerce atividade em área inferior a 4 (quatro) módulos fiscais da região, só será contribuinte individual da previdência social, se utilizar mão de obra remunerada ou que o exercício da atividade esteja sendo por intermédio de prepostos.

O produtor rural pessoa física é contribuinte obrigatório. Deve recolher mensalmente sua contribuição individual, conforme Lei n.º 8.212/91, artigo 25:

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de:

I - 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;

II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

§ 2º A pessoa física de que trata a alínea "a" do inciso V do art. 12 contribui, também, obrigatoriamente, na forma do art. 21 desta Lei. (BRASIL, 2018).

Portanto, o produtor rural pessoa física, deverá contribuir com as referidas alíquotas sobre a comercialização da sua produção e deverá ainda, contribuir com alíquota de vinte por cento sobre o respectivo salário-de-contribuição, previsão do artigo 21 da Lei n.º 8.212/91.

CONTRIBUIÇÃO PESSOAL

O produtor rural pessoa física é contribuinte obrigatório. Como tal, deve recolher mensalmente sua contribuição individual.

Salário de Contribuição

Para os segurados filiados ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS até 28/11/1999

Considera-se salário de contribuição, até 03/2003, o salário-base, aplicando-se, a partir de 04/2003, a regra para os filiados ao RGPS a partir de 29/11/1999;

Para os segurados filiados ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS a partir de 29/11/1999

Considera-se salário de contribuição a remuneração auferida, observados os limites mínimo e máximo.

Nota:

Considera-se salário de contribuição, para o produtor rural contribuinte individual, o valor por ele declarado, em razão do exercício de atividade rural por conta própria. (SENAR, 2016, p. 36, grifo do autor).

A Lei n.º 13.606/18 alterou a contribuição previdenciária devida pelo produtor rural pessoa física, devendo ser observada a partir de janeiro 2018, assim, os consignatários de produtos rurais deverão fazer a retenção de 1,50% na nota fiscal, e efetuar o recolhimento através da Guia de Recolhimento da Previdência Social, sendo 1,2% da receita bruta da comercialização rural destinar-se-á 0,1% para Risco Ambiental do Trabalho – RAT e 0,2% para o SENAR.

Muitos produtores rurais ao fazer o recolhimento sobre a comercialização da produção rural, também conhecida como FUNRURAL e da contribuição sobre a folha de pagamento, confundem com a contribuição pessoal obrigatória, prevista no artigo 21 da Lei n.º 8.212/91, levando a surpresas no ato de requerimento da aposentadoria por idade rural.

o - Segurado Especial

Importante antes de observar o conceito legal de Segurado Especial, é ter percepção que se trata de contribuinte obrigatório da previdência social, nos termos do artigo 25 §1º da Lei n.º 8.212/91, em consonância ao artigo 201 da CF/88, em que a Previdência Social é de caráter contributivo e de afiliação obrigatória.

O produtor rural segurado especial tem previsão no artigo 11, inciso V, alínea "a" da Lei n.º 8.213/91:

Art. 11.

[...]

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

- a) produtor seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:
 1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;
 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;
- b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e
- c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. (BRASIL, 1).

Da leitura do inciso acima, para ser segurado especial, verifica a necessidade de ser pessoa física, não necessariamente deve estar residindo em área rural, mas para tanto, deverá exercer atividade rural em regime de economia familiar, em área inferior a quatro módulos fiscais.

Entende-se por regime de economia familiar, segundo Ivan Kertzman,

[...] a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições

de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Observe-se que, para serem considerados segurados especiais, o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 anos ou os a estes equiparados deverão ter participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar. (2015, p. 583)

A Constituição Federal de 1988, no artigo 195, inciso III, § 8º, dispõe sobre a contribuição do segurado especial para custeio da seguridade social, veja-se:

Art. 195.

[...]

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Terra, Lei n.º 4.504/64, no artigo 4º, inciso II, traz a definição de propriedade familiar, como sendo,

II – “Propriedade Familiar”, imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros; (BRASIL, 1964).

Também são considerados segurados especiais os empregadores rurais II-B e II-C, para fins de previdência social, conforme a Instrução Normativa INSS/PRES n.º 77/2015 artigo 49. Terminologia que se refere aos respectivos incisos e alíneas do artigo 1º do Decreto Lei nº 1.166/71.

Art. 49. Deverá ser aceita a declaração de atividade rural de que trata o inciso II do art. 47, emitida pelo sindicato dos produtores rurais ou sindicato patronal, para os segurados que exercem a atividade em regime de economia familiar enquadrados como empregadores rurais na forma das alíneas "b" e "c" do inciso II, do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.166, de 15

de abril de 1971, observado o disposto no § 3º do art. 40 (INSS, 2015).

Decreto Lei n.º 1.166/71 alterado pela Lei n.º 9.701/98, traz em seu artigo 1º, inciso II, o empresário ou empregador rural, como sendo:

II - Empresário ou empregador rural:

a) a pessoa física ou jurídica que, tendo empregado, empreende, a qualquer título, atividade econômica rural;

b) quem, proprietário ou não, e mesmo sem empregado, em regime de economia familiar, explore imóvel rural que lhe absorva toda a força de trabalho e lhe garanta a subsistência e progresso social e econômico em área superior a dois módulos rurais da respectiva região;

[...]

Da leitura da alínea “b” do Decreto Lei acima em referência, que quem proprietário ou que tenha somente a posse, que sem empregados e no regime de economia familiar, para garantir sustento e progresso social, bem como o progresso econômico, em área superior a dois módulos rurais da região, são considerados empregadores rurais para fins de enquadramento sindical, e conforme IN 77/2015 serão considerados segurados especiais para fins de benefícios da Previdência Social.

A dimensão do módulo rural, não poderá ser confundida com a dimensão do módulo fiscal, para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) é “[...] unidade de medida, em expressa em hectares, que busca exprimir a interdependência entre a dimensão, a situação geográfica dos imóveis rurais e a forma e condições do seu aproveitamento econômico”. (INCRA, 2018)

Quanto à dimensão do módulo fiscal o artigo 50, § 3º, da Lei n.º 4.504/64, traz que “O número de módulos fiscais de um imóvel rural será obtido dividindo-se sua área aproveitável total pelo módulo fiscal do Município” o que indica uma área fixa, medida em hectares, por cada município, existe uma tabela da dimensão do módulo fiscal disponibilizada pelo INCRA. (INCRA, 2018)

Visto essas unidades de medidas, necessária para o enquadramento dos produtores rurais empregadores, em razão do número de módulo rural, como segurado especial para previdência social não implicando em quantidade máxima já os módulos fiscais não podem ultrapassar a 04, resta ainda, observar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à recepção do Decreto Lei n.º 1.166/71 pelo ordenamento constitucional brasileiro de 1988.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, na instância de origem, indeferiu processamento de recurso extraordinário contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim do: "ADMINISTRATIVO". ENQUADRAMENTO SINDICAL. ALTERAÇÃO. EMPREGADOR RURAL II B PARA TRABALHADOR RURAL. ÁREA SUPERIOR AO MÓDULO RURAL. IMPOSSIBILIDADE. DECRETO-LEI 1.166/71. RECEPÇÃO PELA NOVA CARTA CONSTITUCIONAL. APLICABILIDADE. 1. Conforme o Decreto-lei nº 1.166/71 considera-se empresários ou empregadores rurais para fins de enquadramento sindical: a) as pessoas físicas ou jurídicas que, valendo-se de empregados, exercem atividades econômicas rurais; b) os proprietários ou não de imóvel com área igual ou superior à dimensão do módulo rural que exerçam atividades rurícolas em regime de economia familiar, mesmo que não haja empregados; c) os proprietários de mais de um imóvel rural, quando a soma das áreas for igual ou superior à dimensão do módulo rural. 2. As regras contidas no art. 1º do referido decreto são objetivas e não deixam margens para interpretação. Embora o agricultor exerça suas atividades em regime de economia familiar, sem o auxílio de empregados, se, por acaso, ele possuir um imóvel com área superior à dimensão do módulo rural, automaticamente estará enquadrado como empregador rural para fins de enquadramento sindical (art. 1º, II, b). 3. O Decreto-lei nº 1.661/71 não viola a Constituição Federal de 1988, tendo sido recepcionado pela mesma. Havendo previsão legal expressa acerca do enquadramento sindical, não merece prosperar o pleito da parte autora no sentido de alterar o enquadramento sindical de empregador rural II b para trabalhador rural, uma vez que os substituídos processuais possuem imóvel com área superior à dimensão do módulo rural. 4. Apelação improvida. Recurso adesivo prejudicado. "No recurso extraordinário, o recorrente, com base no art. 102, III, a, alega violação ao disposto nos artigos 5º, XX e 8º, V, da Constituição Federal". 2. Inadmissível o recurso. Com efeito, os temas constitucionais agora suscitados não foram objeto de nenhuma consideração no acórdão

recorrido, faltando-lhes, assim, o requisito do prequestionamento, que deve ser explícito (súmulas 282 e 356). Ademais, o acórdão impugnado decidiu com fundamento na interpretação de legislação infraconstitucional, de modo que eventual ofensa à Constituição Federal seria, aqui, apenas indireta, pois dependeria, para se caracterizar, do reexame prévio de normas subalternas. Ora, é pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, de inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República 3. Ante o exposto, nego seguimento ao agravo (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC). Publique-se. Int. Brasília, 19 de outubro de 2004. Ministro CEZAR PELUSO Relator (STF - AI: 497262 RS, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 19/10/2004, Data de Publicação: DJ 24/11/2004 PP-00039).

A Suprema Corte brasileira, ao julgar o citado Agravo de Instrumento, decidiu que o Decreto Lei n.º 1.661/71 não viola a Constituição Federal de 1988, tendo sido recepcionado pela mesma.

Assim, é possível que um pequeno proprietário, ou mesmo não sendo proprietário, ainda que desempenhe atividade em regime de economia familiar e sendo segurado especial, estar enquadrado como empresário ou empregador rural por força do número de módulos rurais, já que esse não é fixo e está relacionada também a produtividade e não somente a dimensão da propriedade.

O segurado Especial contribui com a previdência social, por ocasião da comercialização da produção rural, conforme o artigo 25 da Lei n.º 8.212/91, já transcrito anteriormente, e conforme prevê o parágrafo 1º desse artigo, poderá contribuir facultativamente.

Logo, para fins de benefício o produtor segurado especial, não terá que fazer recolhimento pessoal para obtenção de aposentadoria rural, como se exige do produtor rural contribuinte individual, devendo tão somente comprovar a atividade rural.

A figura do segurado especial rural para a previdência, cumpre o papel da distribuição de renda e, fixação do produtor rural e, de sua família no campo, principalmente quando exige que ele esteja no exercício da atividade rural no ato do requerimento da aposentadoria, artigo 48 § 2º da Lei n.º 8.213/91.

A condição concedida ao segurado especial poderá despertar interesses a outros produtores rurais, que não se enquadram nessas condições, a exemplos de pequenas propriedades, que contratam mão de obra não eventuais, que poderão deixar de registrarem os empregados, para terem o benefício de segurado especial, ou mesmo o empregado desejar não ter sua Carteira de Trabalho anotada, por lhe parecer mais vantajosa à comprovação da atividade como segurado especial.

É necessário interrogar, se o governo não estaria financiando a informalidade no campo, e buscar meios que possa garantir fixação do produtor rural e sua família, dando-lhes oportunidade para o segurado especial, os empregadores e trabalhadores rurais observando a capacidade contributiva de cada um e suas peculiaridades.

Portanto, o produtor rural pessoa física e o segurado especial são contribuinte obrigatórios da previdência social, na comercialização da produção rural, porém quanto à contribuição pessoal o segurado especial é contribuinte facultativo e o produtor pessoa física é contribuinte obrigatório, e os empregadores, que em razão do número de módulos rurais explorados são segurados especiais e a esses se equiparam para fins de contribuição.

- **Requisitos da Aposentadoria Rural**

A Lei n.º 8.213/91, no artigo 48, por sua vez, vem trazendo mais um requisito, visto que a Constituição Federal, Art. 201, § 7º inciso II, já prevê o requisito da idade mínima, a lei cria a da carência mínima para a obtenção do benefício, assim dispondo “Art. 48 A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher”.

Na interpretação da autora Marisa Ferreira dos Santos, a carência é justificada pelo caráter contributivo.

Sendo o sistema previdenciário de caráter contributivo, é justificável a exigência do cumprimento de carência para a obtenção de determinadas prestações, bem como a dispensa da carência em outras, em razão da necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

A carência tem definição legal (art. 24 do PBPS e art. 26 do RPS): é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências. É o período durante o qual o segurado contribui, mas ainda não tem direito a certas prestações. (SANTOS, 2016, p. 214)

A carência é para que durante esse lapso temporal a previdência recolhas as contribuições, parte do segurado, para fazer caixa para manutenção dos benefícios atuais, o que deriva do objetivo constitucional de sociedade solidária, assim, o contribuinte atual não terá seu benefício custeado com o valor que ele recolheu, mas com o pagamento de contribuinte ativo, por ocasião da manutenção de sua aposentadoria.

Para os produtores rurais a carência começa a ser contado, pela afiliação na previdência social, para contribuinte individual e facultativo, e para o segurado especial da comprovação da atividade exercida, artigo 62 do Decreto n.º 3.048/1999, sendo que a idade mínima para ingresso é de 16 anos, salvo para o aprendiz. Artigos 24 a 27-A da Lei n.º 8.213/1991.

Conforme Ivan Kertzman deverá ser diferenciado afiliação e inscrição na previdência social o qual as definiu: "A inscrição é o ato formal que identifica o segurado na Previdência Social. É o mero cadastro do segurado no INSS. Já a afiliação ao regime previdenciário é o marco da relação jurídico entre os segurados e a previdência social." (2015, p. 584).

Conforme, artigo 20 Decreto 3.048/99, afiliação é "Art. 20. Filiação é o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a previdência social e esta, do qual decorrem direitos e obrigações".

O artigo 17 da Lei n.º 8.213/91 dispõe que a inscrição do segurado especial será vinculada ao grupo familiar:

§ 4º A inscrição do segurado especial será feita de forma a vinculá-lo ao respectivo grupo familiar e conterà, além das informações pessoais, a identificação da propriedade em que desenvolve a atividade e a que título, se nela reside ou o Município onde reside e, quando for o caso, a identificação e inscrição da pessoa responsável pelo grupo familiar

§ 5º O segurado especial integrante de grupo familiar que não seja proprietário ou dono do imóvel rural em que desenvolve sua atividade deverá informar, no ato da inscrição, conforme o caso, o nome do parceiro ou meeiro outorgante, arrendador, comodante ou assemelhado. (BRASIL, 2018)

Para inscrição do produtor rural segurado especial, a lei prevê o Cadastro Nacional de Informações Sociais Rurais – CNIS RURAL, artigo 38-A, da Lei n.º 8.213/91, incluído pela Lei n.º 11.718, de 2008.

Art. 38-A. - O Ministério da Previdência Social desenvolverá programa de cadastramento dos segurados especiais,

observado o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 17 desta Lei, podendo para tanto firmar convênio com órgãos federais, estaduais ou do Distrito Federal e dos Municípios, bem como com entidades de classe, em especial as respectivas confederações ou federações. (BRASIL, 2018)

Visto como deverá ser feita a inscrição do produtor rural, tem-se que o cômputo da carência para a aposentadoria por idade vem regulado no artigo 24 da Lei n.º 8.213-91, assim dispondo: “Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.”.

O artigo 25 da Lei n.º 8.213-91, incisos II, fixa o tempo mínimo para requerer a aposentadoria por idade, em 180 contribuições mensais, assim dispondo:

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social de pende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

[...]

II - Aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais. (BRASIL, 2018).

Para fins de carência, os produtores que a partir da data de vigência da lei, já contavam com contribuições ou período de atividade rural, puderam obter a aposentadoria, considerando o ano em que implementou todas as condições, com fulcro na tabela prevista nos artigos 142 e 143 da Lei n.º 8.213-91.

Portanto, para o produtor rural requerer seu benefício de aposentadoria por idade deverá cumprir os dois requisitos, os quais são a idade mínima e a carência, sendo que o requisito da carência, no caso de segurados especial, basta comprovarem o exercício da atividade rural pelo período de 180 meses, observando a tabela progressiva prevista no artigo 142 da Lei n.º 8.213-91.

- Da Comprovação da Atividade Rural

Para os contribuintes individuais rurais, não há de falar em comprovação de atividade rural, mas falar de comprovação do pagamento das contribuições pessoal, prevista no artigo 21, da Lei n.º 8.212-91, que além de apresentação das guias de recolhimentos, poderá também ser feita através dos dados constante do Cadastro Nacional de Informação Social CNIS, e conforme a Instrução Normativa n.º 77 do INSS-PRES-2015 artigos 36 e 58.

Art. 36. A comprovação do exercício de atividade rural do segurado ex-empregador rural, atual contribuinte individual, observado o disposto no art. 58, será feita por um dos seguintes documentos:

I - Antiga carteira de empregador rural, com os registros referentes à inscrição no ex-INPS;

II - comprovante de inscrição na Previdência Social (Ficha de Inscrição de Empregador Rural e Dependente - FIERD ou CEI);

III - cédula "G" da Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF;

IV - Declaração de Produção - DP, Declaração Anual para Cadastro de Imóvel Rural (autenticada pelo INCRA) ou qualquer outro documento que comprove a produção;

V - livro de registro de empregados rurais;

VI - declaração de firma individual rural; ou

VII - qualquer outro documento que possa levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 58. A partir de 31 de dezembro de 2008, data da publicação do Decreto nº 6.722, de 30 de dezembro de 2008, os dados constantes do CNIS relativos à atividade, vínculos, remunerações e contribuições valem, a qualquer tempo, como prova de filiação à Previdência Social, tempo de contribuição e salários de contribuição. (INSS, 2015)

O artigo 36 da Instrução Normativa, acima citada, refere à figura do ex-empregador rural, que trata se daqueles produtores rurais que antes da vigência da Lei n.º 8.212/91, contribuía para a previdência social através de carnê, o que não autoriza a interpretação, para entender, que os empregadores rurais foram extintos, pois esses continuaram a existirem, porém para a previdência social como contribuinte individual.

Já para os produtores segurados especiais não têm a mesma facilidade, pois a lei exige documentos contemporâneos, IN. INSS/PRES nº77 artigo 54.

Art. 54. Considera-se início de prova material, para fins de comprovação da atividade rural, entre outros, os seguintes documentos, desde que neles conste a profissão ou qualquer outro dado que evidencie o exercício da atividade rural e

seja contemporâneo ao fato nele declarado, observado o disposto no art. 111: (INSS, 2015)

Os produtores não foram orientados para arquivarem esses documentos, outra exigência que as dificultam é o lapso temporal de 180 (cento e oitenta) meses, pois o agricultor não tem um local adequado para conservação o que leva a destruição da prova documental, causando verdadeiro caos no ato do requerimento da aposentadoria.

Existem ainda, aqueles que não possuem terra e sempre trabalharam na informalidade, o dono do imóvel era quem efetuava a comercialização da produção, ficando aqueles desprovidos de prova documental, para se quer servir de início de prova material da sua atividade.

Para a autora Marisa Ferreira dos Santos a comprovação da atividade rural deve: "O exercício de atividade rural deve ser comprovado na forma do art. 106 da Lei n. 8.213/91, podendo o segurado apresentar, alternativamente, um ou mais documentos relacionados nos incs. I a X:" (2016, p. 464)

A Lei n.º 8213/91, artigo 106, relaciona documentos para comprovação da atividade rural, dispondo:

- Art. 106. A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
- I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
 - II – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
 - III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
 - IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
 - V – bloco de notas do produtor rural; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
 - VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do

nome do segurado como vendedor; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

VII – documentos fiscais relativos à entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra. (BRASIL, 1991)

Da redação do caput do artigo 106, da lei citada, entende-se tratar de alternativas para comprovação da atividade rural, e que se trata de rol exemplificativo, o que será demonstrado.

A Instrução Normativa n.º 77, do INSS/PRES/2015, no artigo 47 e § 1º, instrui que:

Art. 47. A comprovação do exercício de atividade rural do segurado especial, observado o disposto nos arts. 118 a 120, será feita mediante a apresentação de um dos seguintes documentos:

I - contrato de arrendamento, parceria, meação ou comodato rural, cujo período da atividade será considerado somente a partir da data do registro ou do reconhecimento de firma do documento em cartório;

II - declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo INSS;

III - comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, através do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR ou qualquer outro documento emitido por esse órgão que indique ser o beneficiário proprietário de imóvel rural;

IV - bloco de notas do produtor rural;

V - notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 24 do art. 225 do RPS, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor;

VI - documentos fiscais relativos à entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante;

VII - comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção;

VIII - cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural;

IX - comprovante de pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, Documento de Informação e Atualização Cadastral do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - DIAC e/ou Documento de Informação e Apuração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - DIAT, entregue à RFB; (Nova redação dada pela IN INSS/PRES nº 85, de 18/02/2016)

X - licença de ocupação ou permissão outorgada pelo INCRA ou qualquer outro documento emitido por esse órgão que indique ser o beneficiário assentado do programa de reforma agrária; ou

XI - certidão fornecida pela FUNAI, certificando a condição do índio como trabalhador rural, observado o § 2º do art. 118. (INSS, 2015)

Para melhor interpretação do artigo 106, da Lei n.º 8.213/91, e do artigo 47 da IN 77 da presidência do INSS, são necessários à análise do que é prova plena e início de prova material no direito previdenciário brasileiro.

4.1. - Da prova Plena

Para a Enciclopédia Jurídica prova plena é “Aquela que, por sua natureza, credibilidade ou pela fé que merece, basta para liquidar a questão.” (ENCICLOPEDIA JURÍDICA, 2014).

O artigo 106 da Lei n.º 8.213/91, diante da possível comprovação da atividade rural, por meio de início de prova material, é razoável afirmar que o rol do

artigo 106 da Lei n.º 8.213/91, por estarem expresso em lei, é tido como prova plena.

Neste sentido, a Presidente do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ao elaborar a Instrução Normativa 77/2015 artigo 47 § 1º, não dá a mesma credibilidade aos incisos II e XI, pois esses são documentos declaratórios expedidos pelas entidades sindical da categoria e pela FUNAI, e dependem de estar corroborados com outros documentos e de homologação pelo INSS.

Art. 47 - § 1º Os documentos de que tratam os incisos I e III a X do caput devem ser considerados para todos os membros do grupo familiar, **para o período que se quer comprovar**, mesmo que de forma descontínua, quando corroborados com outros que confirmem o vínculo familiar, sendo indispensável a realização de entrevista e, restando dúvidas, deverão ser tomados os depoimentos de testemunhas. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Portanto, os incisos enumerados, no parágrafo acima, têm eficácia de prova plena para o período que se quer comprovar, servindo para todos os membros do grupo familiar, que por documento provarem essa condição.

4.2. - Do início de prova material

O artigo 54 da Instrução Normativa nº 77, do INSS / PRES. / 2015, elenca um rol de documentos considerados início de prova material, vejamos:

Art. 54. Considera-se início de prova material, para fins de comprovação da atividade rural, entre outros, os seguintes documentos, desde que neles conste a profissão ou qualquer outro dado que evidencie o exercício da atividade rural e seja contemporâneo ao fato nele declarado, observado o disposto no art. 111:

- I - certidão de casamento civil ou religioso;
- II - certidão de união estável;
- III - certidão de nascimento ou de batismo dos filhos;
- IV - certidão de tutela ou de curatela;
- V - procuração;
- VI - título de eleitor ou ficha de cadastro eleitoral;
- VII - certificado de alistamento ou de quitação com o serviço militar;

VIII - comprovante de matrícula ou ficha de inscrição em escola, ata ou boletim escolar do trabalhador ou dos filhos;

IX - ficha de associado em cooperativa;

X - comprovante de participação como beneficiário, em programas governamentais para a área rural nos estados, no Distrito Federal ou nos Municípios;

XI - comprovante de recebimento de assistência ou de acompanhamento de empresa de assistência técnica e extensão rural;

XII - escritura pública de imóvel;

XIII - recibo de pagamento de contribuição federativa ou confederativa;

XIV - registro em processos administrativos ou judiciais, inclusive inquéritos, como testemunha, autor ou réu;

XV - ficha ou registro em livros de casas de saúde, hospitais, postos de saúde ou do programa dos agentes comunitários de saúde;

XVI - carteira de vacinação;

XVII - título de propriedade de imóvel rural;

XVIII - recibo de compra de implementos ou de insumos agrícolas;

XIX - comprovante de empréstimo bancário para fins de atividade rural;

XX - ficha de inscrição ou registro sindical ou associativo junto ao sindicato de trabalhadores rurais, colônia ou associação de pescadores, produtores ou outras entidades congêneres;

XXI - contribuição social ao sindicato de trabalhadores rurais, à colônia ou à associação de pescadores, produtores rurais ou a outras entidades congêneres;

XXII - publicação na imprensa ou em informativos de circulação pública;

XXIII - registro em livros de entidades religiosas, quando da participação em batismo, crisma, casamento ou em outros sacramentos;

XXIV - registro em documentos de associações de produtores rurais, comunitárias, recreativas, desportivas ou religiosas;

XXV - (Revogado pela IN INSS/PRES nº 85, de 18/02/2016). (INSS, 2015)

O artigo 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91, dispõe que para comprovação de tempo de serviço, a prova produzida pela Justificação Administrativa ou Judicial, só terão efeito quando existir o início de prova material.

§ 3º **A comprovação do tempo de serviço** para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (BRASIL, 1991, grifo nosso).

A expressão legal “a comprovação do tempo de serviço” abrange também o efetivo exercício de atividade rural, que para produzir efeitos deverá estar lastreado em início de prova material, por não ser admitida a prova apenas testemunhal, inteligência do artigo 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91 que está sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do verbete 149: “*A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário*”. (Súmula 149, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 07/12/1995, DJ 18/12/1995 p. 44864).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que o rol de documentos previsto no art. 106, da Lei n.º 8.213/1991, é meramente exemplificativo, sendo aceitáveis outros documentos, além daqueles previstos no mencionado artigo legais, até mesmo que os estejam em nome de membros do grupo familiar.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PROVA MATERIAL. INÍCIO. PROVA TESTEMUNHAL. CARÊNCIA. ART. 143, 26 III LEI 8.213/91. O rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único da Lei 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis, portanto, outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo. No que pertine à carência, o trabalhador rural tem direito ao benefício da aposentadoria previdenciária, desde que comprovados os requisitos de

idade e de atividade rural. Não é exigível o período de carência de contribuições, ex vi do artigo 26, III, c/c o artigo 143 da Lei 8.213/91. Recurso desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 700298 CE 2004/0156651-3, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/09/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/10/2005 p. 341)

Conforme, Marisa Ferreira dos Santos, o artigo 106 não é um rol taxativo.

O rigor do art. 106 tem sido abrandado com o entendimento de que a enumeração não é taxativa, podendo a atividade ser comprovada por outros documentos aceitos como início de prova material, complementada por prova testemunhal idônea: (2016, p. 465)

O artigo 106 da lei n.º 8.213/91, trata-se de um rol exemplificativo (*numerus apertus*), e que, salvo a Declaração Sindical e Certidão da FUNAI, os demais documentos são considerados prova plena, portanto, não sendo possível a comprovação da atividade rural com documentos de prova plena o segurado poderá fazer a comprovação da atividade corroborada com documentos de início de prova material.

4.3. - Da Justificação Administrativa

A Justificação Administrativa - JA é um recurso que opera em favor dos segurados, como um meio de produção de prova de fatos ou circunstâncias, ou para suprir a insuficiência de documentos, conforme Instrução Normativa 77, INSS/2015 artigo 574.

Art. 574. A Justificação Administrativa - JA constitui recurso que deve ser oportunizado, quando cabível, ao interessado para suprir a falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstância de interesse dos beneficiários, perante o INSS, na forma prevista nos arts. 142 a 151 do RPS, e nas demais disposições constantes nesta Instrução Normativa.

§ 1º A JA é ato de instrução do processo de atualização de dados do CNIS ou de reconhecimento de direitos, processada mediante requerimento do interessado e sem ônus.

§ 2º Não será admitida a JA quando o fato a comprovar exigir registro público de casamento, idade ou de óbito, ou de qualquer ato jurídico para o qual a lei prescreva forma especial. (INSS, 2015)

A Justificação só poderá ser processada mediante a apresentação de início de prova material, não se admite, em regra, prova unicamente testemunhal, ficando a ressalva para motivo de força maior ou caso fortuito.

O recurso em análise, também poderá ser utilizado pelos produtores segurados especiais, conforme o artigo 579 da Instrução Normativa 77 INSS/2015.

Art. 579. Para a comprovação de atividade rural em qualquer categoria, caso os documentos apresentados não sejam suficientes, por si só, para a prova pretendida, mas se constituam como início de prova material, a pedido do interessado, poderá ser processado JA, observando que:

I - servem como prova material, dentre outros, no que couber, os documentos citados nos arts. 47 e 54;

II - deverá ser observado o ano de expedição, de edição, de emissão ou de assentamento dos documentos referidos no inciso I deste artigo; e

III - os documentos dos incisos I e III a X do artigo 47, quando em nome do próprio requerente dispensam a realização de JA para contagem de tempo rural em benefício urbano e certidão de contagem recíproca.

§ 1º Tratando-se de comprovação na categoria de segurado especial, o documento existente em nome de um dos componentes do grupo familiar poderá ser utilizado como início de prova material, por qualquer dos integrantes deste grupo, assim entendidos os pais, os cônjuges, companheiros, inclusive os homoafetivos e filhos solteiros ou a estes equiparados.

§ 2º Caso os documentos apresentados não sejam suficientes para a comprovação da área, contínua ou descontínua, ou da embarcação utilizada, para o desenvolvimento da atividade, assim como a comprovação da identificação do proprietário por meio do nome e CPF, deverá ser apresentada a declaração do segurado constante do Anexo XLIV. (INSS, 2015)

Portanto, a realização da JA só será possível, para fins de comprovação da atividade rural, quando o início de prova material apresentado não for suficiente para formar convicção, não sendo necessária quando os documentos apresentados forem de prova plena, igualmente, esta poderá se dar por requerimento do

segurado ou por determinação do servidor, quando presente início de prova material.

4.4. - Da declaração do Exercício de Atividade Rural

A declaração do exercício de atividade rural tem previsão legal no artigo 106 inciso III, da Lei n.º 8.213/91 "III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS;".

A declaração, nos termos acima, deve ser fundamentada, portanto por si só não será capaz de produzir credibilidade, não servindo de imediato como prova plena da atividade rural, carecendo de homologação do INSS e necessariamente deve estar corroborada com documentos de início de prova material, como dispõe a norma infra legal IN 77/INSS/2015 no artigo 111.

Art. 111. As declarações fornecidas por entidades ou autoridades referidas no inciso II do art. 47 e arts. 49 e 110, serão submetidas à homologação do INSS, conforme Termo de Homologação constante do Anexo XIV, condicionada à apresentação de documento de início de prova material, dos mencionados no art. 54, contemporâneo ou anterior ao fato nele declarado, observado o disposto no art.106. (INSS, 2015)

Considerando, que o rol de documentos elencados no artigo 106 da Lei n.º 8.213/91, é alternativo, terá o produtor rural à opção de escolher qual dessas irá utilizar, para comprovar a sua atividade, portanto não será a Declaração Sindical obrigatória à comprovação da atividade rural, sendo somente uma das alternativas.

Esse entendimento consagra-se no princípio constitucional da liberdade de afiliação, artigo 8 inciso V da CF/88, "V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;" assim, condicionar a concessão de benefício da previdência social a uma declaração sindical é obrigar o produtor rural a participar de sindicato, mesmo não sendo essa a sua vontade. O dispositivo legal da lei previdenciária, em comento, deixa claramente respeitado essa liberdade do produtor rural, ao deixar a declaração sindical entre as alternativas.

Outro fato que merece ser estudado é se a declaração fornecida pelos sindicatos depende ser corroborada por documentos de início de prova material, elencados em um rol exemplificativo do artigo 54 da IN 77/INSS/2015, qual é a força probante por ela produzida, considerando que a convicção é firmada nos documentos de início de prova material apresentados pelo produtor rural.

Como já visto que também são considerados segurados especiais rurais, os empregadores rurais que explore atividade rural em área superior a 2 (dois) módulos rurais, sem a utilização de empregados a IN 77/INSS/2015 artigo 49, dispõe o seguinte:

Art. 49. Deverá ser aceita a declaração de atividade rural de que trata o inciso II do art. 47, emitida pelo sindicato dos produtores rurais ou sindicato patronal, para os segurados que exercem a atividade em regime de economia familiar enquadrado como empregadores rurais na forma das alíneas "b" e "c" do inciso II, do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.166, de 15 de abril de 1971, observado o disposto no § 3º do art. 40. (INSS, 2015)

Assim, as Agências da Previdência Social-APS, têm o dever de aceitarem as declarações fornecidas pelos Sindicatos dos Produtores Rurais, para comprovação da atividade rural, importante que o servidor sempre atente a liberdade de afiliação e de não interferência na organização sindical, pois este é o comando ordenado pela Constituição Federal.

Com advento da Lei n.º 11.718/2008, que altera a Lei n.º 8.213/91, foi incluído o que não descaracteriza a condição de segurado especial e quando o segurado especial fica excluído dessa categoria, esses dispositivos legais trouxeram certa segurança jurídica, para caracterização e manutenção do produtor rural como segurado especial. Lei n.º 8.213/91 artigo 11 §§ 8º e 10.

Os produtores rurais contribuintes individuais, como já vistos, poderão fazer prova dos recolhimentos das suas contribuições pelos dados constantes Cadastro Nacional de Informação Social CNIS, o que não ocorre com os produtores segurados especiais que deverão enfrentar a missão de fazerem a comprovação da atividade rural.

Na busca, de reunir informações do exercício da atividade do produtor rural segurado especial, foi criado o Cadastro Nacional de Informações Sociais Rurais – CNIS RURAL, artigo 38-A, da Lei nº 8.213/91, incluído pela Lei nº 11.718, de 2008.

Art. 38-A. - O Ministério da Previdência Social desenvolverá programa de cadastramento dos segurados especiais, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 17 desta Lei, podendo para tanto firmar convênio com órgãos federais, estaduais ou do Distrito Federal e dos Municípios, bem como com entidades de classe, em especial as respectivas confederações ou federações. (BRASIL, 2018).

O que a princípio só produzira efeito parcial, porém terá seu efeito total a partir de 180 meses a contar da adesão do produtor rural. À iniciativa é de grande importância, pois comprovar a atividade rural tem sido uma obrigação muito árdua ao ponto de muitos desistirem ou buscarem os benefícios assistenciais ao idoso.

Portanto, a comprovação da atividade rural, nos termos da legislação previdenciária, tem se demonstrado menos difícil ao proprietário rural, pois os documentos do rol previsto em lei são em maioria em nome do proprietário e da propriedade, o que não acontece com os demais produtores, pois não terão documentos em nome próprio, que preste como prova plena.

- Dos procedimentos Administrativos da Aposentadoria por Idade

O procedimento administrativo, para habilitação do benefício de aposentadoria por idade pelo segurado especial, tem início com o cumprimento dos requisitos, idade mínima e carência.

O Produtor Rural, de posse dos documentos que comprovam a atividade rural, deverá fazer o agendamento do serviço, que poderá ser feito pelo telefone 135 ou por meio eletrônico, os que são afiliados a sindicato poderão utilizar dos serviços dessa entidade, para encaminhamento do processo de benefício.

Na data agendada, deverá comparecer a APS do agendamento, portando cópia e original de todos os documentos pessoal e de comprovação da atividade rural, que após habilitado deverá aguardar a concessão ou indeferimento do pedido.

Os produtores rurais ao habilitarem o pedido de aposentadoria, são inquiridos pelos servidores, sendo vedada intervenção de terceiros durante o interrogatório, o que denominam de entrevista rural, acontece que a entrevista, para muitos idosos que já não se lembravam dos fatos com muita clareza, eram concluída como divergente e pelo não enquadramento na qualidade de segurado especial.

Porém o pesadelo chegou ao fim com a edição da PORTARIA CONJUNTA Nº 1 /DIRBEN/DIRAT/INSS, 7 DE AGOSTO DE 2017 que acompanha o parecer nº 00003/2017/DIVCONS/PFEINSSSEDE/PGF/AGU, que deixa de exigir o procedimento da entrevista, artigo 1º da referida portaria.

Art. 1º Conforme disposto no Parecer nº 00003/2017/DIVCONS/PFEINSSSEDE /PGF/AGU, não deverá ocorrer a realização de entrevista rural para comprovação da atividade na categoria de segurado especial, bem como não devem ser tomados depoimentos com testemunhas. (BRASIL, 2017)

Portanto, com o fim da entrevista surgiu a Declaração do Trabalhador Rural, que deverá ser por ele declarada, ciente da penalidade prevista em lei, modelo que pode ser obtido no endereço eletrônico do INSS.

Atualmente o INSS vem realizando, por meio de entidade representativa que tenha celebrado Acordo de Cooperação Técnica, o atendimento digital, onde o produtor rural que participa de uma entidade conveniada poderá fazer a habilitação do requerimento por meio dessa.

Os produtores que não participam de entidades conveniadas, poderão obter habilitação digital junto as APS, bastando para tanto, apresentar documentos originais. O INSS disponibilizou ao contribuinte, uma ferramenta digital, para efetuar consultas referentes a benefícios, contribuições e outros, denominada de Meu-INSS.

Porém, o Estado ao implantar o Meu-INSS, não demonstrou conhecer a capacidade técnica do agricultor para operar o sistema. A finalidade do sistema é de que os produtores realizem os serviços, que eram prestados por técnicos em previdência social nas APS, o que não é possível por faltar aos segurados rurais o mínimo de conhecimento em informática. (BRASIL, 2018)

Das decisões do INSS, o produtor rural poderá interpor recurso ordinário a Junta de Recurso-JR do O Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS, no prazo de 30 dias a contar da ciência do ato denegatório, conforme, artigos 29 e 31 da Portaria nº 116/2017 do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário.

Art. 29. Denomina-se Recurso Ordinário aquele interposto pelo interessado, segurado ou beneficiário da Seguridade Social, em face de decisão proferida pelo INSS, dirigido às Juntas de Recursos do CRSS, observada a competência regimental.

Art. 31. É de 30 (trinta) dias o prazo para a interposição de recurso e para o oferecimento de contrarrazões, contado da data da ciência da decisão e da data da intimação da interposição do recurso, respectivamente. (INSS, 2017)

Das decisões da Junta de Recurso do CRSS, caberá recurso especial as Câmaras de Recurso do CRSS, observando o prazo previsto no artigo 31 da portaria 116/2017, conforme artigo 30 da referida portaria, "Art. 30. Das decisões proferidas no julgamento do Recurso Ordinário caberá Recurso Especial dirigido às Câmaras de Julgamento".

O produtor rural poderá fazer embargos de declaração, contra as decisões dos órgãos julgadores, dirigida ao relator, sendo que o não cumprimento das

decisões caberá reclamação que deverá ser dirigida ao Presidente do CRSS, os pedidos de recursos poderão ser interpostos através das Agências da Previdência Social, ou diretamente na secretaria dos respectivos órgãos colegiados julgadores.

Considerações finais

Os produtores rurais tiveram que aguardar um pouco a mais de tempo, em relação aos contribuintes urbanos, para terem direitos previdenciários normatizados, assim os rurais herdaram prejuízo nesse lapso temporal.

A Constituição Federal de 1988 equiparou o direito do produtor rural aos direitos dos contribuintes urbano, além de enquadrá-los nas condições de contribuintes obrigatório da previdência social, contribuições que ocorrem na comercialização da produção, portanto os produtores segurados especiais são contribuintes obrigatórios da previdência social.

A aposentadoria por idade é uma das espécies dos benefícios da previdência social garantida pela Constituição Federal e regido pelas leis ordinárias, portanto, é paga em dinheiro ao produtor rural segurado especial e seu grupo familiar.

A aposentadoria híbrida ocorre quando se utilizada, para cômputo do período de carência, tempo de atividade rural com contribuições de atividade urbana. Portanto, a doutrina e a jurisprudência, sopesando com o princípio constitucional da uniformidade dos benefícios às populações urbanas e rurais, entende que é possível à concessão de aposentadoria híbrida rural e que é permitido combinar o período urbano ao período rural e vice-versa.

Para obtenção do benefício os produtores rurais terão que combinar os requisitos da idade mínima, da comprovação da atividade rural e estar no exercício da atividade imediatamente ao requerimento do benefício, ou seja, comprovar na data do requerimento ter implementado todas as condições previstas em lei, para fazerem jus ao pleito.

O enquadramento do produtor rural é feito na forma da legislação previdenciária, compreendendo os produtores rurais pessoa física e segurado especial, e àqueles que são considerados empregadores por força de módulos rurais, também são segurados especiais, desde que exerçam atividade em regime de economia familiar.

Assim, para diferencia-los, produtor rural segurado especial e contribuinte individual obrigatório, o requisito regime de economia familiar não é por si só suficiente, visto que, mesmo em área superior a quatro módulos fiscais poderá ser explorada no regime familiar, já os requisitos contratação de mão de obra não eventual, os definem independente de dimensão da área explorada.

Os produtores rurais são contribuintes obrigatórios da previdência social, sendo que os segurados especiais contribuem com um percentual sobre o valor da comercialização da produção, enquanto que o produtor rural pessoa física contribuinte individual, devem além de contribuírem sobre a comercialização da produção e sobre a folha de pagamento, para àqueles que têm empregados, deverão ainda efetuar a contribuição pessoal, para fins de benefício previdenciários.

O produtor rural pessoa física contribuinte individual não conta com a redução na idade, em relação aos urbanos, enquanto que o segurado especial contara com a redução na idade, podendo fazer contribuição pessoal como facultativo.

As inscrições do produtor poderão ser feitas, através dos sindicatos que celebrarem com a previdência social, o termo de cooperação técnica, para operação do CNIS RURAL, ou através do próprio INSS, porém a afiliação, que é o vínculo jurídico, acontece após o primeiro recolhimento, ou a partir da data em que comprovar atividade rural, ainda que descontínua, para o segurado especial.

Conforme a jurisprudência, não deve ser aplicada à previsão do artigo 3º §1º da Lei n.º 10.666/2003, para o produtor rural segurado especial, assim, o produtor que não comprovar atividade rural imediatamente anterior ao requerimento do benefício, perde a qualidade de segurado e poderá contar período anterior, somente quando comprovar o retorno à atividade rural.

A comprovação da atividade, não é uma missão que se pode dizer fácil, já que na zona rural não se tem arquivos seguros, capazes de conservar documento por 180 meses, porém a lei permitiu a comprovação através de documentos de prova plena, início de prova material, justificativa administrativa e declaração sindical.

Ainda, não se pode deixar de mencionar o fim do interrogatório denominado de entrevista, que foi substituído pela declaração do trabalhador rural, pela recente Portaria Conjunta nº 1DIRBEN/DIRAT/INSS/2017, pondo fim em um dos terrores da comprovação da atividade rural.

O Estado tem de forma orientada pelos princípios que regem a previdência social, buscado firmar termos de cooperação com as entidades sindicais do setor rural, com a finalidade de construir banco de dados de informação da atividade rural e de melhoria no atendimento, o que facilita a comprovação da atividade rural, porém, em relação à substituição do atendimento presencial por sistema eletrônico, não se pode imaginar sua efetividade no meio rural, diante o desconhecimento técnico, por parte dos produtores rurais brasileiros.

Referências

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

BRASIL. Decreto-Lei n.º 276, de 28 de fev. de 1967. **Alteram dispositivos da Lei nº 4.214**, Brasília, DF, 28 fev. 1967.

BRASIL. Decreto-lei n.º 1.166, de 15 de abril de 1971. **Dispõe sobre enquadramento e contribuição sindical rural**. Brasília, DF: disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1166.htm> acessado em: 18 de Mar. 2018.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**, Brasília, 6 mai. 1999.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. **Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências**. Brasília, DF: disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm> acessado em: 18 de Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**, Brasília, DF: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm> acessado em: 18 Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003. **Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial**, Brasília, DF, 8 Mai 2003.

BRASIL. Lei nº 13.457, de 26 de junho de 2017. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social**, Brasília, DF, 26 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.606, de 9 de janeiro de 2018. **Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR)**, Brasília, DF, jan. 2018.

BRASIL. Portaria Conjunta nº 1 /DIRBEN/DIRAT/INSS/2017. **Fluxo e procedimentos relativos ao segurado especial**, 2017. Disponível em: <<http://contrafbrasil.org.br/system/uploads/ck/files/migracao/portaria-20n-201-20inss.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Florense, 2017.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA. Enciclopédia Jurídica & Dicionário de Direito, 2014. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/pt/d/prova-plena/prova-plena.htm>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

FAMATO. Aposentadoria Rural, **Informativo Técnico 33ª2013**. Cuiabá, MT: Disponível

em:<http://sistemafamato.org.br/portal/famato/informativo_completo.php?Id=191 > acessado em: 18 Mar. 2018.

INCRA; INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. Sala da Cidadania, 2008. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/o-que-e-modulo-rural>>. Acesso em: 07 Julho 2018.

INCRA; INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. Sala da Cidadania. **Tabela com módulo fiscal dos municípios**, 2013. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/tabela-modulo-fiscal>>. Acesso em: 07 Julho 2018.

INSS. Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro De 2015. **Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social**, 2015. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Memorando-Circular Conjunto 1 /DIRBEN/PFE/INSS, DE 04/01/2018. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://ibdp-direito-previdenciario.jusbrasil.com.br/noticias/539926363/memorando-circular-conjunto-1-dirben-pfe-inss-de-04-01-2018>>. Acesso em: 06 out. 2018.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 12.ed., Salvador BA: JUSPODIVM, 2015.

SANTOS, Maria Ferreira dos. D. **Direito previdenciário esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, L. F. B. D. Parecer 724/2012 /CONJUR-MPS/CGU/AGU. **Comando SIPPS nº 21866539 (proc. adm. nº 36102000141200625)**, 2012. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1_130620-114509-179.pdf>. Acesso em: 13 Julho 2018.

SENAR. **Manual de Orientação das Contribuições Previdenciárias e**. 8. ed. Brasília-DF: SRFB/SENAR, 2016.

STF. AI: 497262 RS, Relator: Min. CEZAR PELUSO. DJ 24/11/2004. **Jus Brasil**, 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795078/agravo-de-instrumento-ai-497262-rs-stf>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

STJ. AgRg no REsp: 700298 CE 2004/0156651-3, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/09/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/10/2005 p. 341. **Jus Brasil**, 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/65670/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-700298>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.367.479/RS. 2013/0042992-1. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ: 04/09/ 2014. **Jus Brasil**, 2014. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/138474225/recurso-especial-n-1367479-rs-do-stj>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.684.173 RS 2017/0166053-8 Relator: Ministro: Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 28/08/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492974891/recurso-especial-resp-1684173-rs-2017-0166053-8>>. Acesso em: 14 Jul. 2018.

NOTAS:

[1] Professor orientador, Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR, 2009 e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, 2012. E-mail: aroldobueno_adv@yahoo.com.br.

[2] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção de grau de Bacharel em Direito pelo CEULJI/ULBRA em 2018/2

CYBERBULLYING PELO APLICATIVO WHATSAPP E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO DIREITO PENAL

Amós Ribeiro de Souza, o autor:
Graduando em Direito pelo CIESA

RESUMO: Este artigo tem E como objetivo geral demonstrar como Cyberbullying é praticado através do aplicativo whatsapp. A finalidade do presente trabalho e foi explorado no direito penal os crimes nas redes sociais em específico no aplicativo whatsapp e foi analisado os principais fatores que levam ao Cyberbullying no aplicativo whatsapp sendo apontado as medidas jurídicas cabíveis contra quem pratica no grupo do aplicativo whatsapp. O cyberbullying, que se trata de bullying no mundo virtual, tem conseqüências tão graves quanto no mundo real, pois uma difamação feita em uma rede social se multiplica com alcance incontrolável. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certo quando a pauta é a violência através do aplicativo whatsapp, visualiza-se trocas de xingamentos, palavrões, provocações verbais, desrespeito com material alheio e ameaças de muitas formas, mas o cerne da questão é ampliar os conhecimentos e sensibilizar para uma violência que é silenciada pelo medo e está no presente, infelizmente, no mundo inteiro.

Palavras-chave: cyberbullying; difamação; violência; whatsapp.

ABSTRACT: This article is intended to demonstrate how Cyberbullying is practiced through the whatsapp application. The purpose of the present work was to explore in criminal law the specific social networks crimes in the whatsapp application and the main factors that lead to Cyberbullying in the whatsapp application were analyzed and the appropriate legal measures against those who practice in the whatsapp application group were pointed out. Cyberbullying, which is about bullying in the virtual world, has as serious consequences as it does in the real world, because defamation on a social network multiplies with uncontrollable scope. To this end, we used the case law, summaries, statements and understandings of recurring cases that has been a parameter to resolve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. It remains certain when violence is the whatsapp application, with swearing, swearing, verbal teasing, disrespect for other people's material and threats in many ways, but the crux of the

matter is to broaden knowledge and raise awareness of violence that is silenced by fear and is presently unfortunately all over the world.

Keywords: cyberbullying; defamation; violence; Whatsapp

Sumário: Introdução. 1. Considerações Iniciais sobre Cyberbullying. 1.1. Definição. 1.2. Identificação dos Comportamentos Desviantes. 1.3 A história do WhatsApp. 2. O enfrentamento jurídico do cyberbullying no Brasil, em oposição aos direitos fundamentais. 2.1. Aspecto Constitucional. 2.2. Código penal e o cyberbullying. 3. O combate ao cyberbullying através da Lei nº. 13.185/15. 3.1 Lei nº. 12.965, de 23 abril de 2014 (Marco Civil da Internet). 3.2. Lei nº. 12.737, de 30 novembro de 2012 (Lei Carolina Dieckmann). 3.3 Como resolver a problemática do cyberbullying? Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este trabalho mostra informações relevantes sobre como um ambiente virtual pode ser nocivo, na atualidade as pessoas se comportam de forma rudimentar apesar de todos saberem que pra cada ação existe uma reação ainda acreditam que a internet e as redes sociais são ambientes sem o alcance da Lei logo todos ou qualquer um pode dizer o quiser contra uma outra pessoa que não será alcançado pela justiça e acredita que não haverá conseqüências.

Neste íterim podemos enfatizar o Whatsapp que tem um número de milhões e transnacional tornando a vidas das pessoas mais ágeis facilitando e diminuindo distâncias. Criando em ambiente virtual grupos que coadunam do mesmo interesse inicialmente mas, como ser humano sempre apresenta comportamentos discordantes e de algum modo determinadas pessoas criam subgrupos com desejo de influenciar negativamente em prol da agressão gratuita por motivos desconhecidos e subjetivos. No único intuito de execrar, injuriar, difamar, caluniar neste ambiente chama-se de Cyberbullying.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE CYBERBULLYING

De acordo com Pedroso; Gonçalves (2016), a complexidade da convivência em sociedade gerou uma grande mudança com a utilização dos espaços virtuais de comunicação, onde se constroem novas identidades e comportamentos que, muitas vezes se encontram em conflito.

O cyberbullying, que se trata de bullying no mundo virtual, tem conseqüências tão graves quanto no mundo real, pois uma difamação feita em uma

rede social se multiplica com alcance incontrolável. Para tanto, questiona-se, diante da emergência do ciberespaço, como se caracterizam os novos conflitos sociais abarcados pelo bullying e cyberbullying, bem como quais as possibilidades de contenção desta forma de violência nas escolas. (PEDROSO; GONÇALVES, 2016, p.3).

Nesse contexto, observa-se também um rápido aumento de agressões através de meios eletrônicos de comunicação e interação, que podem ser descritas no chamado cyberbullying ou bullying virtual, sendo inviável discutir essa modalidade de violência há cinquenta anos atrás, por exemplo, quando os principais meios de comunicação eram jornais impressos, revistas, rádios ou televisão, não havendo expectativa da dimensão que a internet alcançaria no mundo hodierno. Além disso, após a democratização da internet e sua extensão a todas as classes da sociedade e todas as regiões do Brasil, com célere crescimento, tornou-se imprescindível debater sobre o cyberbullying nos dias atuais, cujo fenômeno é bastante sutil, muitas vezes imperceptível aos olhos de familiares e amigos, que quando percebem a vítima já tem sofrido o caos e a vergonha da superexposição. (PACHECO, 2017, p.13).

1.1 Definição

De acordo com Pedroso; Gonçalves (2016), definem que cyberbullying como a violência de forma intencional e repetitiva de atitudes agressivas dentro ambiente do ciberespaço no aplicativo whatsapp caracterizado por difamação, injúria e calúnia presentes e compartilhadas por todos do grupo sendo que alguns participam ativamente e outros ficam omissos sem no entanto se envolver em defender ou tomar partido do ofendido.

Para Shaheen; Schariff (2011) coadunam a ofensa deliberada e repetida, infligida por meio de texto eletrônico. Uma ação agressiva e intencional realizada por um grupo ou por um indivíduo, com o uso de formas de contato eletrônico, de forma repetida e ao longo de um período, contra uma vítima que não consegue se defender com facilidade.

1.2 Identificação dos Comportamentos Desviantes

Os meios eletrônicos conferem atributos específicos ao ciberespaço, atribuindo características específicas para o cyberbullying. Shariff; Shaheen (2011) relaciona as principais características do cyberbullying, i) o anonimato; ii) um público infinito; iii) predomínio do assédio sexual e perseguição homofóbica; iv) o caráter de permanência da manifestação.

Por fim, nesse quadro de características, a permanência e reprodução das mensagens publicadas, por longo e indefinido tempo, são possibilitadas pelos meios eletrônicos, estendendo ainda mais os efeitos lesivos. É o exemplo dos agressores que formam comunidades na internet para falar mal de determinados colegas. Os “amigos” criam tópicos nos grupos do aplicativo, falando mal de um jovem ou humilham-no por transmissões eletrônicas instantâneas como o whatsapp. (PEDROSO; GONÇALVES, 2016, p.9).

1.3 A história do WhatsApp

De acordo com Luz (2019, p. 1), é fascinante como um aplicativo simples de mensagens atingiu quase toda população mundial a ponto de você ir no interior do Nordeste e encontrar pessoas usando-o. O WhatsApp foi criado em 2009 pelo ucraniano chamado Jan Koum. Na época da criação ele estava desempregado e do nada resolveu criar um aplicativo de mensagens para se comunicar com os amigos.

De família pobre, Jan tornou-se um aficionado pelo mundo dos computadores. Com muito esforço foi fazer computação em uma universidade do Vale do Silício chegando a abandonar por causa de um emprego no Yahoo. Em 2008 ele saiu do Yahoo e decidiu se aventurar pelo mundo por um ano. Em 2009 ele começou a desenvolver um aplicativo para o novo Iphone. E foi assim que ele sem gastar nada começou a difundir o aplicativo em todo mundo.

2 O ENFRENTAMENTO JURÍDICO DO CYBERBULLYING NO BRASIL, EM OPOSIÇÃO AO DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Aspecto Constitucional

A Constituição Federal Brasil assegura a proteção dos direitos fundamentais dentre eles, a dignidade da pessoa humana, da liberdade de expressão, garantindo inclusive o texto constitucional em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Dessa forma, a liberdade de expressão não pode atingir outros bens jurídicos, como aqueles descritos no artigo 5º, inciso X, a indicar que os autores de práticas cyberbullying não estão agindo em consonância com os princípios constitucionais. Poder Judiciário, presente às demandas, sempre que instado, que têm tratado do problema.

2.2 Código penal e o cyberbullying

Analisadas na esfera jurídica, as condutas de injúria, calúnia e difamação, praticadas pelos autores de cyberbullying configuram como crime, especialmente,

os previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, os quais tutelam a honra, punindo os delitos inclusive com pena de detenção, conforme a seguir referimos:

CALUNIA

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

DIFAMAÇÃO

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

INJURIA

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1940. p.3).

Para Capez (2018) em síntese, caluniar é atribuir a outra pessoa a prática de um crime e os divulgadores da informação caluniosa também são responsabilizados, conforme o parágrafo 1º do art. 138. A difamação é menos grave, mas nem por isso é menos importante, é atribuir a alguém um fato que não é crime, mas é moralmente reprovável. E a injúria é atribuir a alguém um qualificativo desonroso, que pode tomar proporções enormes por ser em meio virtual, por conta de sua audiência infinita. Há também uma qualificadora no parágrafo 3º do art. 140.

Nesse sentido, a culpabilidade é uma etapa posterior à configuração do delito, podendo ser afastada em certos casos e se destina mais à aplicação da pena do que à configuração do delito em si. Portanto, ela não integra a conceituação de

crime, segundo a visão de Capez (2018, p.147), ela se presta ao exame da possibilidade de responsabilização do autor:

Por fim, o cyberbullying é ato criminoso, sendo uma conduta ilícita para o Direito Penal e que se sujeita as penas de vários núcleos definidos na lei. A ilicitude do fenômeno, além da natureza penal, tem natureza civil, com suas consequências e direito à reparação do dano. E por fim, o terceiro e último elemento é o nexo de causalidade, que é a correlação lógica entre a conduta, comissiva ou omissiva, praticada pelo agente e o dano.

3 O COMBATE AO CYBERBULLYING ATRAVÉS DA LEI Nº. 13.185/15

Com instituição da Lei nº. 13.185/15 criou-se medidas no sentido combater de forma mais específica o cyberbullying. No seu art. 2º, no parágrafo único:

Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (**cyberbullying**), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

Veja que é incipiente e muito vaga, pois, trata apenas é um único parágrafo falta uma legislação e que especifique e trate de forma mais conducente o caso em tela.

3.1 Como resolver a problemática do cyberbullying?

Conforme Sampaio (2014) diz que a evolução constante do sistema informático pode apresentar diferentes consequências no mundo jurídico em geral. A primeira, de feição positiva, diz respeito à informatização e armazenamento de dados, a praticidade e celeridade no acesso a informações processuais e o próprio processo eletrônico. A segunda consequência, de cunho negativo, é traduzida na facilitação dos meios para se praticar delitos.

Pelo fato de não existir uma regulamentação específica para o *cyberbullying* e para regular as formas possíveis de se viver o ciberespaço e também pelo fato dos usuários sentirem-se encorajados para atuar anonimamente, o ciberespaço tem sido um ambiente fértil para a prática de condutas como o *cyberbullying*, pois há uma facilidade para a criação de um cadastro em uma rede social, por exemplo, nenhuma informação específica que identifique o usuário é pedido, como por exemplo, o número de seu CPF ou RG. Outra conveniência que o ambiente cibernético propicia aos usuários é a de criação de perfis falsos (fakes), com conteúdo difamatório que nada acrescenta à vida dos envolvidos. Deveria

haver, portanto, uma identificação para cada internauta no meio virtual, da mesma forma que existe um número de CPF para identificá-lo na sociedade civil, sendo de suma importância para identificá-lo como indivíduo no ciberespaço. Para regular as interações cibernéticas foram criadas formas embrionárias de autorregulação da internet, como por exemplo, a Net e etiqueta e políticas de privacidade dos sites. O termo net e etiqueta foi criado da junção das palavras net e etiqueta, net do inglês que significa rede e etiqueta, que segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, significa "conjunto de formas, práticas ou praxes cerimoniais em uso na sociedade". Algumas regras básicas de convivência no meio virtual, segundo a Net e etiqueta, são: evitar gírias pesadas ou palavrões; não enviar aquilo que não gostaria de receber; em sites de relacionamento (Facebook, entre outros), não divulgar dados pessoais, pois por mais ingênuo que sejam os dados (e-mail pessoal, lugares que frequenta) pode servir como base de investigação para pessoas mal intencionadas descobrirem dados mais importantes e utilizá-los em chantagens para prejudicar aquele que se expôs. (PACHECO, 2015, p. 48).

CONCLUSÃO

Quando pudemos perceber o cyberbullying é uma espécie de zombaria mais chacota num âmbito virtual no ataque principal é a honra. Causado pela difamação, injúria e por vezes a calúnia. No entanto isto pode tomar outras medidas como, por exemplo, está propalação desenfreada causando dor e sofrimento a vítima.

Temos antever que a pessoa causadora geralmente se vale do ambiente virtual para atacar o indivíduo fruto do seu asco e ódio na tentativa única de ridicularizar frente ao grupo específico em geral a rede preferencial é o Whatsapp com grupos que de interesse comum.

O código penal trás penalidades como crime de baixo potencial ofensivo com penas leves que acabam em transação penal e cestas básicas e preciso endurecer acima de tudo infligir com justiça que causa dor, moral, psicológica e fere a honra e imagem por diversão maligna de pessoas que procuram causar sofrimento devem pagar o preço e repensar suas atitudes. Apesar dessas medidas serem tímidas já minimizam seus efeitos junto ao ofendido e põe um freio a essas desmentidas ações infelizes e presentes no nosso dia-a dia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília (DF): Site do Planalto,

1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 fev 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015**. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (**Bullying**). Brasília (DF): Site do Planalto, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm>. Acesso em: 19 jan 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1 parte geral**. 27ª. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

CORRÊA, Luizete Espezim de Amorim. **O Adolescente e a mais recente modalidade de violência – O Cyberbullying**. Santa Catarina (SC): UNIEDU, 2017. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2017/10/TCC-Luizete-Espezim-de-Amorim-Corr%C3%AAa.pdf>>. Acesso em: 15 jan 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

LUZ, Lucelia. **A história do whatsapp**. Internet: Site Botware, 2019. Disponível em: <<https://www.botware.com.br/historia-do-whatsapp/>>. Acesso em: 12 ago 2019.

PACHECO, Raquel dos Santos. **Cyberbullying à luz do direito Brasileiro e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES UNITA. Caruaru (PE): ASCES UNITA, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/943/1/O%20CYBERBULLYING%20%20LUZ%20DO%20DIREITO%20BRASILEIRO%20E%20A%20NECESSIDADE%20DE%20SUA%20REGULAMENTA%C3%87%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA.pdf>>. Disponível em: 17 jan 2019.

PEDROSO, Adriana Martini Correa; GONÇALVES, Diego Marques. **Considerações sobre o Bullying e Cyberbullying e a Proposta Legal de Aprimoramento ao Combate à Violência na Escola, a partir da Edição da Lei nº 13.185/2015**. XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. II Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. São Paulo (SP): Site Unisc, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/download/14767/3600>>. Acesso em 20 jan 2019.

SAMPAIO, Mirna Mourão Lôbo. **Invasão de Dispositivo Informático**: Uma análise do novo tipo penal incriminador. Fortaleza (CE): FAC, 2014. Disponível em: <<http://www.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/TCC/DIR/INVASAO%20DE%20DISPOSITIVO%20INFORMATICO%20UMA%20ANALISE%20DO%20NOVO%20TIPO%20PENAL%20INCRIMINADOR.pdf>>. Acesso em: 13 ago 2019.

SHAHEEN; SCHARIFF. **Cyberbullying**: Questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família. Tradução Joice Elias Costa. Revisão Técnica Cleo Fante. Porto Alegre (RS): Artmed, 2011.

A CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL NA LICITAÇÃO

Alexandre Santos Sampaio, o autor: Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

Não é demasiado afirmar que o caráter competitivo é a pedra fundamental que se escora a licitação[1]. Sem competição, inclusive, pode-se dar azo a contratação direta, por inexigibilidade de licitação[2].

Por isso, faz-se necessário cautela, ao ente que almeja realizar uma licitação, para que as exigências e requisitos de participação não acabem por frustrar a saudável disputa entre os potenciais interessados.

Por outro lado, a responsabilidade socioambiental também é relevante nas contratações. Em outros termos, é ponto a se considerar na licitação incentivar empresas a adotarem práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social. Isso inclui, por exemplo, exigência de certidões ambientais que garantam que os produtos foram produzidos de maneira responsável ambientalmente.

É necessário, portanto, equilibrar a competição na licitação com boas práticas sociais e ambientais.

Em sessão de 17/07/2019, o Tribunal de Contas da União – TCU exarou o Acórdão nº 1666/2019, do Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, enfrentando esse aparente conflito.

Ficou consignado que “a exigência de comprovação da certificação florestal válida (referência: FSC, Cerflor) em nome do fabricante do material acabado, como critério de aceitabilidade da proposta, apesar de estar em consonância com o art. 2º do Decreto 7.746/2012, não deve, no caso concreto, comprometer o caráter competitivo da licitação”[3].

Naquela deliberação da Corte de Contas foi avaliado dois requisitos para a aceitabilidade de propostas postas nas disposições editalícias, quais sejam:

c) Comprovação do registro do fabricante do material acabado no Cadastro Técnico Federal (CTF) de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, acompanhado do respectivo Certificado de Regularidade válido, nos termos do artigo 17, inciso II, da Lei nº 6.938/81 e da Instrução Normativa IBAMA nº 06 de 15/03/2013;

d) Comprovação da certificação florestal válida (referência: FSC, Cerflor) , em nome do fabricante do material acabado;

No certame em questão o vencedor deveria fazer acompanhar com a proposta a documentação acima, voltada para a responsabilidade ambiental. Por conta disso, foi feita representação junto ao TCU ao argumento de restrição indevida de competição, pois diversos licitantes foram desclassificados por não apresentarem a documentação necessária para aceitação da proposta vencedora.

Ao se debruçar sobre a questão, o Relator pontuou que a exigência de certificação, como exigência para aceitabilidade da proposta, não é requisito de habilitação, mas sim verificação da “qualidade do produto objeto da licitação em tela e à obediência à política ambiental vigente no Brasil”. Nesse sentido, não se vislumbrou ilegalidade.

Todavia, verificou-se que, de dezenas de propostas apresentadas, quase a totalidade das mesmas, foram desclassificadas por não apresentarem a documentação acima.

Com efeito, continuou o relator, sob a óptica formal, o edital não possuía vícios, mas o mercado não estava, ao que se constatava pela ocorrência elevada de empresas desclassificadas, apto a cumprir na integralidade as exigências normativas ambientais.

Por tais fatores práticos do mercado empresarial, “não foi possível selecionar a proposta de preço mais baixo e, garantida a qualidade do produto, a mais vantajosa para a Administração pelas razões acima expendidas, não por

irregularidades no edital de licitação ou na sua condução, mas por condições de mercado”.

Em suma, a exigência de atendimento ambiental, apesar de válida e plenamente justificável, diante do cenário do mercado, acabara por comprometer a licitação a tal ponto que inviabilizou a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Diante de tal constatação, apurou-se potencial restrição à competitividade do certame, o que acabara por fulminar o objetivo da licitação, qual seja, selecionar proposta vantajosa e, em regra, com o menor preço proposto.

Mais uma pitada de pimenta no caso: o objeto da licitação era papel higiênico. Por isso, ainda que comprometida a competição, se o contrato fosse suspenso de imediato, culminaria na falta de papel, certificado ou não, no ente licitante.

Cabe registrar que a diferença de preço entre o menor, não certificado ambientalmente, e o contratado com certificação ficou superior a cinquenta por cento. Ou seja, a exigência de certificação e as consequentes desclassificações de empresas interessadas acabaram por tornar a contratação muito cara, à vista dos preços propostos.

Nesse cenário, para compatibilizar a necessidade do ente licitante e a suspensão do contrato, determinou o relator que fosse realizado imediatamente novo certame e, enquanto não contratado nova empresa, fosse mantido o contrato até então vigente, “somente até a conclusão do referido processo licitatório, a fim de evitar a descontinuidade do recebimento do material em tela pelo contratante”.

Dessarte, conclui-se que, nas licitações, deve-se equilibrar a ampla competição e a responsabilidade socioambiental, além de compatibilizar as exigências legais com a prática de mercado, pois de nada adianta uma norma, ainda que relevante e válida para proteger um meio ambiente sadio, se os potenciais fornecedores ainda não estão devidamente adaptados para cumpri-la. E quando a competição e a vantajosidade da contratação forem comprometidas, caberá afastar determinadas exigências, ainda que formalmente aceitáveis no bojo das disposições

editais, com objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

NOTAS:

[1] Art. 3º da Lei 8.666/93: “§ 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)”.

[2] Art. 25 da Lei 8.666/93: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial (...)”.

[3] Informativo de licitações e contratos TCU nº 373.

O CARÁTER TRIBUTÁRIO DAS ANUIDADES ARRECADADAS PELOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

Flavio Eduardo Almeida dos Santos Silva, o autor: graduação: bacharel em administração de empresas e pós-graduação: MBA executivo em gestão tributária (universidade cândido mendes).

RESUMO: A obrigação de recolher tributos imposta pelo Estado, talvez seja o tema que nunca sai do foco das atenções políticas, sociais e econômicas. É um assunto muito debatido, ora pela rapidez das reformas na administração pública que alteram leis e, em alguns casos até a própria Constituição, no caso as emendas constitucionais. Todos os anos Empresas e Profissionais liberais tem o dever de recolher aos cofres dos Conselhos de Fiscalização Profissional o valor correspondente às ANUIDADES. Ao longo das ultimas décadas muito se questionou, inclusive nos Tribunais, a legalidade ou ilegalidade desse recolhimento. Nos dias atuais, não raro, cidadãos ainda desconhecem a verdadeira natureza jurídica desses Conselhos e por conta disso, não conseguem afirmar com certeza a natureza das anuidades por eles arrecadadas. Os Tribunais Federais e Superiores vêm ao longo do tempo aparando arestas deixadas pelo legislativo, na tentativa de esclarecer e pacificar as omissões do Poder Executivo. Verifica-se que ao longo do tempo, já foi questionada a natureza jurídica dos Conselhos, a natureza jurídica das anuidades, a validade e alcance das Resoluções expedidas por esses Conselhos, inclusive quando houve um lapso legislativo, em virtude da falta de lei que estabelecesse o valor desses tributos. Enfim, por décadas os Tribunais tem exercido o papel que deveria ser do Poder Executivo, emanando entendimentos, muitas vezes com enormes divergências acerca da mesma matéria. O que se pode afirmar hoje é que esse assunto parecer ter chegado ao fim no ano de 2016.

Palavras Chave: Direito Constitucional. Exercício de atividades de polícia. Direito Administrativo. Gestão Tributária.

Introdução

Nas últimas décadas, os Tribunais, em especial os Federais e Superiores em todo o país foram atulhados de demandas, onde Empresas e Profissionais liberais buscavam a anulação dos tributos requeridos pelos Conselhos de Fiscalização Profissional. Antes de adentrar no tema deste artigo, é importante esclarecer que será necessário relembrar brevemente o histórico e também uma breve referência sobre a definição da personalidade jurídica desses órgãos.

Não obstante iremos rever um breve histórico Constitucional, iniciando com a Carta Magna de 1934, que desde aquela época já preconizava o livre exercício de qualquer profissão, desde que condicionado à capacidade técnica e outras obrigações que a viesse a Lei exigir. Até a Constituição de 1988, qual assegura até a data de conclusão deste artigo, que o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é livre, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Desenvolvimento

O processo de Descentralização do Estado, por meio de criação das autarquias se deu após a reforma administrativa federal implantada pelo Decreto-lei nº 200/67, que dentre outras providências, criou dois grupos: A Administração Direta e Indireta, e classificou Administração Indireta em Autarquias, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista e mais tarde também as Fundações Públicas. (inciso I e II do art. 4º do Decreto-lei nº 200/67).

No artigo "Natureza jurídica dos conselhos e ordens de fiscalização profissional" a Advogada Dra. Letícia Junger de Castro Ribeiro, define autarquias como sendo:

"...Autarquias são entidades constituídas para execução de atividades inerentes ao Estado. Podemos dizer que são extensão do Estado, vez que este delega funções para serem executadas por aquelas, funções que deveriam ser executadas pelo próprio Estado. São as auxiliares mediatas..."

Os Conselhos de Fiscalização Profissional, são autarquias que começaram a ser criadas na década de 40 e, foram sendo criadas de acordo com a necessidade técnica-econômica, evolução científica e conveniência política de cada época. É

necessário pontuar que essas autarquias, possuem autonomia relativa, uma vez que seus dirigentes são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo e ainda, tem suas contas anuais submetidas ao Tribunal de Contas da União - TCU.

A partir da compreensão da natureza jurídica dos Conselhos de Fiscalização Profissional já revista, adentremos no objeto deste artigo que é: A natureza jurídica das anuidades arrecadadas por essas autarquias.

Embora criados por lei, muitos Conselhos não possuem no diploma de criação o valor exato, tão pouco o índice de correção das anuidades a serem arrecadadas dos Profissionais e Empresas neles registrados. Por isso ao longo do tempo, com a evolução do Sistema Tributário, muito se questionou acerca da natureza jurídica e fator gerador das anuidades.

É importante destacar que antes da criação dos Conselhos, existiu autorização constitucional (art. 138 da Constituição de 1937) que delegava a Sindicatos poder de polícia, pelo qual esses Sindicatos estavam autorizados a impor contribuições e ainda, exercer funções delegadas pelo Poder Público, autorização essa que foi suspensa em 1942 (Decreto nº 10.358, de 1942).

A fim de compreender melhor a importância do poder de polícia conferido aos Sindicatos na época, recorremos a lição de José dos Santos Carvalho Filho em Manual de Direito Administrativo:

Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia como vimos verdadeiras prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade. 4 É nesse sentido que foi definido por RIVERO, que deu a denominação de polícia administrativa. 5 Aqui se trata, pois, de atividade tipicamente administrativa e, como tal, subjacente à lei, de forma que esta já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos. É nesse sentido que nos concentraremos, porque o tema é inerente ao Direito Administrativo.

E também a definição do regular o exercício do poder de polícia, também esta disposta no art. 78 do CTN - Código Tributário Nacional:

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

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

Em meado da década de 40, foi criado o primeiro Conselho Federal de Fiscalização Profissional, reconhecendo a Contabilidade como profissão que deveria ter controle estatal, mediante a criação de uma autarquia especial.

A obrigação tributária de recolher aos cofres do Conselho o valor da anuidade esta prevista tanto para os Profissionais Contadores bem como para as empresas ou a quaisquer organizações que explorassem o ramo dos serviços contábeis.

Além da anuidade o Conselho poderia fixar o valor dos serviços oferecidos como: Valor para emissão da Carteira de Identidade Profissional, sobre averbações, certidões e outros atos, que fossem fixados nos regimentos internos dos Conselhos Regionais aprovados pelo Conselho Federal de Contabilidade.

É possível verificar que a outorga para instituir e majorar seus tributos já estão presente na sua lei de criação, porém seus valores não.

Com o passar do tempo, e a criação de outros Conselhos para fiscalização das profissões que vinham sendo regulamentadas, acredita-se que por falhas no

processo legislativo, o Presidente da República JOÃO FIGUEIREDO, sancionou a LEI Nº 6.839, DE 30 DE OUTUBRO DE 1980.

A Lei com apenas dois artigos, para dispor acerca da obrigatoriedade do registro das empresas nos Conselhos de fiscalização. Abaixo transcrito o artigo primeiro:

Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

Vê-se claramente que a Lei apenas cria uma obrigação, mas não menciona a relação de atividades econômicas obrigadas a registrar-se e ainda, a qual Conselho deverão se registrar.

Com base na omissão legislativa acerca da definição de **atividade básica** ou **relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros** e ainda, sob o argumento da falta de amparo legal, ou seja, não existência de Lei que institui o valor e índice de correção das anuidades a ser recolhidas aos Conselhos, por afronta ao art. 3º da LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966, denominado Código Tributário Nacional, os Tribunais foram abarrotados de ações judiciais, tanto por parte das Empresas, bem como por parte das Federações e demais entidades representativa das Empresas dos diversos setores da economia, insatisfeitas com mais uma obrigação tributária.

A fim de pacificar a situação e regulamentar a falha legislativa, criada pela LEI Nº 6.839/80, o congresso nacional aprovou e o Presidente da República sancionou a LEI Nº 6.994, DE 26 DE MAIO DE 1982, lei essa que trouxe um avanço legislativo quanto ao processo de arrecadação.

A partir de então, com a criação da Lei que instituiu o valor do teto para arrecadação das anuidades pelos Conselhos de Fiscalização Profissional, temos o cenário da legalidade estrita, tudo esta previsto em lei, não há fator a ser corrigido.

Se considerarmos a definição de autarquia constante no Decreto-lei nº 200/67, temos que os Conselhos de Fiscalização são legítimas autarquias, com

funcionamento autônomo, receitas próprias, executando atividades típicas da Administração Pública de forma descentralizada.

Porém em 1998 com a organização da Presidência da República e seus Ministérios pelo então Presidente da República, FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, foi sancionada a LEI Nº 9.649, DE 27 DE MAIO DE 1998, flagrantemente inconstitucional, que dentre outras providências, cria um verdadeiro estado de insegurança jurídica a essas autarquias com a revogação da LEI Nº 6.994/82.

Novamente os Tribunais foram acionados, mas agora não apenas para tratar dos valores e índices de correção das anuidades, mas também inconstitucionalidade frente à Carta Magna de 1988, quanto à impossibilidade da delegação de poder de polícia a ente privado, conforme previa o art. 58 da LEI Nº 9.649/98.

Somente após o julgamento da Adi 1717-6 em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, na qual o art. 58 e seus parágrafos 1º, 2º, 4, 5º, 6º, 7º, 8º foram declarados inconstitucionais, oportunidade na qual foi reestabelecido o entendimento acerca da natureza de autarquias federais, dos Conselhos de fiscalização.

Porém restou a controvérsia acerca da validade da instituição dos valores das anuidades via Resoluções Normativas. Os Tribunais de 1ª e 2ª instancias, não guardavam relação em seus entendimentos. O Cenário era de total insegurança jurídica. Ações de inconstitucionalidade em tramite no Supremo Tribunal Federal – STF aguardavam julgamento.

Somente no de 2004, o Presidente da República, LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, sancionou a LEI Nº 11.000, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2004, que autorizou os Conselhos Federais de Fiscalização das Profissões a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais e de serviços mediante ato administrativo próprio.

Embora a redação da Lei nº 11.000/2004, a primeira vista, não pareça à solução legislativa ideal, trouxe significativo alívio aos Conselhos de Fiscalização, que por sua vez, retomaram o poder da imposição de tributar, porém ainda pairava o fantasma da falta da Lei que fora revogada em 1998, sofrendo invariavelmente por elevada turbulência legislativa e jurídica.

A percepção da falha na Lei nº 11.000/2004 se dava quando os Conselhos de Fiscalização buscavam os Tribunais a fim de requerer judicialmente a quitação dos débitos por parte dos registrados inadimplentes. Os Tribunais emanaram entendimento pela impossibilidade da execução fiscal constituída por meio de Certidões de Dívida Ativa - CDA, como prevê a LEI Nº 6.830, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial, por nulidade da ausência da legalidade estrita.

Embora houvesse entendimentos favoráveis e contrários no âmbito do judiciário, foi no ano de 2011, com a conversão da MEDIDA PROVISÓRIA Nº 536, DE 24 DE JUNHO DE 2011, convertida pelo Congresso Nacional na LEI Nº 12.514, DE 28 DE OUTUBRO DE 2011, sancionada pela Presidente da República, DILMA ROUSSEFF, que foi reestabelecida o ajuste legislativo necessário.

As lacunas legislativas em grande parte dos Conselhos era a ausência do valor das anuidades em suas Leis de criação. O texto da LEI Nº 12.514/2011 é bem claro quanto ao seu alcance, aos Conselhos de Fiscalização que até aquela data que não possuíam lei instituindo seus valores para arrecadação. Abaixo transcrevemos na íntegra o art. 3º. Vejamos:

Art. 3º As disposições aplicáveis para valores devidos a conselhos profissionais, quando não existir disposição a respeito em lei específica, são as constantes desta Lei.

Parágrafo único. Aplica-se esta Lei também aos conselhos profissionais quando lei específica:

I - estabelecer a cobrança de valores expressos em moeda ou unidade de referência não mais existente;

II - não especificar valores, mas delegar a fixação para o próprio conselho.

Após a publicação da Lei que, salvo melhor juízo, deveria ter pacificado a questão, a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS – CNPL, passado apenas dois dias da publicação da Lei nº 12.514/2011, protocolou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI 4697 e, no dia 12/04/2012 a Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI 47624697.

O Plenário da Suprema Corte, cumprindo seu papel de defesa da Constituição, julgou essas ações na sessão do dia 06/10/2016, oportunidade na qual os pedidos das referidas ações foram julgados improcedentes, sendo a Lei nº 12.514/2011 declarada em sua totalidade constitucional.

Porém restava ainda a situação da Lei nº 11.000/2004, lei essa que possui ainda numerosa quantidade de processos judiciais de execução fiscal em tramitação nos Tribunais em todo o país, processos esses que foram constituídos com lançamentos tributários com amparo normativo da referida Lei.

Em pesquisa ao site do STF, verificamos que a questão ainda terá alguns desdobramentos anômalos como o exemplo do RE 704292 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, abaixo transcrevemos r. decisão:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos", vencido o Ministro Marco Aurélio, que fixava tese em outros termos. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, indeferiu o pedido de modulação. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2016.

Vê-se claramente que o posicionamento dos membros do Plenário da Suprema Corte, em síntese é pela inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da legalidade tributária. Pois a Lei delegar aos Conselhos de Fiscalização a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições, usualmente

cobradas sob o título de anuidades e atualização desses valores pelos Conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos é vedado.

Apesar de decisões judiciais como a apresentada, criar ainda um cenário de insegurança jurídica, acredita-se que em um futuro breve, os lançamentos tributários realizados pelos Conselhos de Fiscalização, passarão a contar com a objetividade do fato gerador do lançamento das anuidades: A existência de registro junto a essas Autarquias.

É importante destacar que, com o julgamento da inconstitucionalidade da Lei nº 11.000/2004 e, da constitucionalidade da Lei nº 12.514/2011, temos uma perfeita sintonia de fácil definição quanto à natureza jurídica das anuidades arrecadadas pelos Conselhos de Fiscalização. Com base no art. 149 da Carta Magna de 1988 temos que:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

As anuidades devem ser classificadas como espécie de tributo do gênero "Contribuições Sociais", cuja natureza jurídica é tributária, sujeitando-se às limitações ao poder de tributar, dentre elas, ao princípio da legalidade estrita, nos termos do inciso I do artigo 150 da mesma Carta.

Há de se destacar ainda, que é competência privativa da União conforme prevê o artigo 21 da Carta 1988, estabelecer a organização e inspeção do trabalho. Em sentido amplo, essa competência engloba a fiscalização das profissões e também, a previsão e competência privativa de legislar sobre as condições para o exercício profissional, conforme disposto no artigo 22.

Conclusão

Diante do exposto, é possível observar que ao longo do tempo, tanto o Poder Executivo bem como o Legislativo, persistiram no erro: prevaleceu o hábito

de vilipendiar o princípio da legalidade tributária, trazendo reflexos diretamente a imagem dos Conselhos de Fiscalização junto à sociedade, emanando autorizações legislativas para que esses, sem outra saída, tivessem que fixar valores via Resoluções. Embora a lei tenha delegado por vezes o poder aos Conselhos de estabelecer o *quantum* das anuidades, é evidente que incorreram no vício maior, no vício da afronta direta ao princípio constitucional da reserva absoluta de lei tributária.

Podemos ainda, afirmar que as Anuidades são tributos devidos anualmente tanto por Profissionais liberais bem como pelas Empresas neles registrados, (art. 4º, II, da Lei nº 12.514/2011). Quanto sua natureza, temos que esses tributos são classificados como sendo Contribuições Sociais. Quanto ao fato gerador, nada mais que a existência de registro junto ao Conselho, ainda que por tempo limitado, ao longo do exercício (art. 5º da Lei nº 12.514/2011).

Tanto os Profissionais inscritos bem como as Pessoas Jurídicas tem a obrigação legal de recolher aos cofres as anuidades até a data em que for solicitada formalmente a sua exclusão do órgão.

Os Conselhos tem o dever de propor a ação de execução fiscal do crédito tributário, sob pena da prescrição de cinco anos contados da data de sua constituição definitiva (art. 174, do CTN).

Nesse diapasão de decisões judiciais, acredita-se que essas deverão ser feitas com base única e exclusivamente no texto da Lei 12.514/2011, utilizando-se do princípio segundo o qual as decisões judiciais devem basear-se nas normas legais pertinentes. Cabendo ainda aos nobres julgadores de 1º e 2º grau, o importante papel da reavaliação e sintonia com as decisões da Suprema Corte, perfazendo do judiciário um poder que ao longo do tempo possui a complexa missão de construção por meio do processo da aprendizagem de modo a estabelecer a pacificação social através de suas decisões, em temas de alta complexidade como é o caso dos assuntos relacionados aos Conselhos de Fiscalização Profissional.

Referências

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

BRASIL. Lei 5172, de 25 de out. de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial, Brasília, p. 12452, 25 de out. de 1966.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fev. de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa. Diário Oficial, Brasília, p.4, 27 fev. 1967.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Malheiros, 34 ed., 2008, pag. 96.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Atlas, 28 ed., Revista, ampliada e atualizada até 31-12-2014, pag. 76.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 10 ed., 1998, pg. 96.

Informativo STF nº 803 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo803.htm>. Acessado em 01/02/2017.

LEI Nº 6.994, DE 26 DE MAIO DE 1982.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6994.htm. Acessado em 03/02/2017.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil (10 de Novembro de 1937) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm acessado em 01/02/2017

Decreto nº 74.000, de 30 de Abril de 1974. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-74000-30-abril-1974-422698-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em 01/02/2017.

Decreto nº 93.617, de 21 de Novembro de 1986, Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-93617-21-novembro-1986-444228-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em 01/02/2017

Decreto de 10 de Maio de 1991. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/Anterior%20a%202000/Dnn0004-91.htm#art4. Acessado em 01/02/2017.

SOARES, Letícia Junger de Castro Ribeiro. Natureza jurídica dos conselhos e ordens de fiscalização profissional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/9083>>. Acesso em: 15/02/2017.

PINTO, Henrique Motta . A AUTARQUIZAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM OBSTÁCULO PARA AS REFORMAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Disponível em:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3255/2118>.

Acessado em 02/02/2017.

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETO COM MICROCEFALIA: UMA COMPARAÇÃO COM O TEOR DA ADPF 54

Vinícius Santos Pondian, o autor:
Graduando em Direito do Centro
Universitário de Santa Fé do Sul - SP
(UNIFUNEC)

PATRÍCIA CARDOSO MEDEIROS DE CASTRO
(Orientadora)

RESUMO: O aborto é um método contraceptivo, que causa a interrupção da gestação levando a morte do produto da concepção. No direito brasileiro o aborto é considerado um ato criminoso, ressalvada as hipóteses derivadas de estupro e para salvaguardar o direito à vida da gestante, que somente pode ser realizada em situações excepcionais. O objetivo desse artigo é trazer à tona as consequências jurídicas da interrupção da gravidez de feto com microcefalia através de uma comparação com o teor da ADPF 54 que autoriza o aborto de feto com anencefalia. Todavia, será realizada uma análise da decisão do Tribunal Superior, que autorizou a realização da anencefalia, concedendo a gestante a interrupção da gravidez, isso em virtude do feto não desenvolver o cérebro e cerebelo, por consequência disso nasce sem vida, no entanto, não foi incorporado ainda no nosso estatuto penal, e por meio desse parecer e de outros tribunais que surgiu está possibilidade. Para tanto a metodologia empregada, se baseou em análise de artigos, jurisprudências, legislação nacional competente, doutrinas com referencial bibliográfico da área, esclarecendo as questões acerca da comparação com a anencefalia. Assim, atuando no âmbito de resguardar a autonomia da gestante em decidir acerca do futuro gestacional.

Palavras-chave: Aborto. Microcefalia. Zika Vírus.

ABSTRACT: Abortion is a contraceptive method that causes termination of pregnancy leading to the death of the product of conception. In Brazilian law, abortion is considered a criminal act, except for the hypotheses derived from rape and to safeguard the pregnant woman's right to life, which can only be performed in exceptional situations. The purpose of this article is to bring to light the legal consequences of terminating a fetal pregnancy with microcephaly through a comparison with the ADPF 54 content authorizing abortion with anencephaly. However, an analysis will be made of the decision of the High Court, which

authorized the performance of anencephaly, granting the pregnant woman the termination of pregnancy, because the fetus does not develop the brain and cerebellum, consequently born without life, however, It has also been incorporated into our criminal statute, and through this opinion and other courts that has emerged this possibility. Therefore, the methodology used was based on analysis of articles, case law, competent national legislation, doctrines with bibliographic reference of the area, clarifying the questions about the comparison with anencephaly. Thus, acting in order to safeguard the autonomy of the pregnant woman in deciding about the gestational future.

Keywords: Abortion. Microcephaly. Zika virus.

SUMÁRIO; 1. Introdução; 2. Direito à vida x princípio da dignidade da pessoa humana; 3. Espécies penais de aborto; 3.1 Permissão do aborto pela lei; 3.2 Permissão do aborto por decisão dos tribunais; 3.3.1 Últimas decisões dos tribunais abrindo a possibilidade de nova forma prevista de aborto no Brasil; 4. Microcefalia; 4.1 Aborto de feto anencefalo em comparação com a microcefalia; 4.2 Consequências jurídicas do aborto de feto com microcefalia; 5. Considerações finais; 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A microcefalia, é a razão pela qual algumas crianças possuem o perímetro cefálico menor do que o normal equiparado com uma criança saudável, isso em virtude do grau de desenvolvimento do cérebro do bebê, que pode apresentar alguns sintomas como, convulsões, atrasos de desenvolvimento, problemas de alimentação dentre outros, por consequência disso possuem dificuldade, tanto para aprender como para se locomover, por essa razão é causa de debate jurídico na comunidade científica dentre vários doutrinadores.

Neste estudo pretende-se trazer à tona as consequências jurídicas da interrupção da gravidez de feto com microcefalia através de uma comparação com o teor da ADPF 54 que autoriza o aborto de feto com anencefalia.

Nesse contexto verifica-se no que consiste o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos os princípios serão analisados, dentro desse aspecto será examinado sua autodeterminação, buscando saber se um não está invadindo a soberania do outro.

A destarte expõe, que o aborto advém da interrupção da gestação ocorrendo a morte do produto da concepção, a conduta típica resulta em sanções que estão tipificadas no Código Penal, porém em algumas situações pode ser realizado o aborto, não sofrendo punições somente será considerado uma conduta atípica.

Nesse diapasão, elucida-se a decisão do tribunal acerca do assunto, que obteve o entendimento contrário a aquilo que está descrito no nosso ordenamento jurídico, porém decisão essa que não abrange os demais tribunais inferiores.

Por conseguinte, rege a questão acerca da microcefalia, que resulta no perímetro cefálico menor do que o normal para aquela criança daquela idade ou sexo, por consequência disso algumas dessas crianças possuem limitações físicas e psicológicas, portanto é um fator diferente comparado com a anencefalia, possuindo ela algumas consequências, uma delas está relacionada a quantidade de gestantes que ainda estão sendo infectadas pelo vírus zika, a outra está ligada à dificuldade da gestante de criar a criança, sem o amparo de seu companheiro e do Estado, somente a família lhe dando suporte, tendo ela que deixar de lado todos seus sonhos, para cuidar da criança.

Inicialmente traz-se como discussão o direito à vida em contraposição ao princípio da dignidade da pessoa humana, para buscar uma reflexão mais profunda sobre o assunto, sem contar que serão abordadas as questões relevantes acerca das consequências jurídicas do aborto de feto com microcefalia.

2 DIREITO À VIDA X PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais englobam uma série de garantias inerentes ao ser humano, e um desses direitos, o principal pilar dessa pirâmide é a garantia à vida, o mais antigo direito, sendo ele o primordial para a origem dos demais bens jurídicos tutelados, expondo o seguinte:

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.(MORAIS, 2003, p. 50).

Desse modo, o Estado deve dar extremo destaque acerca do direito à vida, em razão de ser essencial para os demais direitos da personalidade humana. Tarefa que é da nossa Constituição zelar para que seja assegurado esse e os demais direitos, independentemente da etnia, religião e nacionalidade do ser humano.

Nessa mesma perspectiva, não é só a nossa Carta Magna que protege esse direito, o Pacto de São José da Costa Rica de 1969, tem o mesmo ponto de vista, que se encontra em seu artigo 4º que dispõe:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Nesse sentido, verifica-se que o Pacto, defende a vida, independentemente se o nascituro possui ou não alguma anomalia, mesmo que no futuro sofra com problema de saúde, o bem que será resguardado será a vida.

Nesse mesmo ponto de vista a dignidade da pessoa humana, um dos demais direitos fundamentais, ao lado do direito à vida acima de todo e qualquer direito esclarece que:

O Estado tem o dever de proteger seu maior bem, que é a vida, a qual está acima de qualquer outra garantia, mas o valor reconhecido a ela está na dignidade da pessoa humana. Este princípio, estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é um dos fundamentos do Brasil como Estado Democrático de Direito e pode ser sucintamente

definido como um “conjunto de direitos e deveres, que agregados compõem um quadro de valores do ser humano”. Nesse sentido trata-se de um princípio jurídico indeterminado, porém absoluto que todo estatuto deveria garantir. (VERDI, 2008).

Deste modo, como seria nos dias atuais, se o homem não tivesse a proteção necessária, o direito à liberdade, o livre arbítrio e de ir e vir. Por essa razão além desse princípio estar presente no nosso texto constitucional, deve também ser aplicado em estatutos, com o fim de resguardar a proteção ao ser humano.

Neste sentido observa-se o ponto de vista do Doutrinador acerca da importância da dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana completa o conteúdo mínimo dos direitos humanos fundamentais. Como afirma Magalhães Filho, "a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importa uma violação ao valor da pessoa humana". Neste mesmo sentido José Silva, "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai, contudo, de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 248).

Significa dizer que a dignidade da pessoa humana funciona como uma base para os direitos humanos, servindo como proteção perante a qualquer abuso feito diante a sociedade, dignidade que também defende a gestante, não a obrigando-a ela a fazer escolhas contra a sua vontade, sem que ninguém possa intervir de maneira cruel.

Assim entende-se que a dignidade da pessoa humana, atua protegendo a sociedade, impedindo que grupos sociais e que os indivíduos atinjam sua liberdade. Sendo o aborto um dos métodos que a gestante pode se utilizar, realizando ou não sua interrupção, sem que haja intervenção de outrem contra a sua dignidade.

Apesar de estar presente o direito à vida, e este ser o pilar dos diversos princípios jurídicos, seria viável ele prevalecer ou não sobre o direito da gestante já

que o feto ainda é um embrião, e não possui vida até poucos dias de formação. Considerando que em sua gestação a gestante venha saber que seu filho(a) possui microcefalia, e em virtude disso descobre as consequências dessa gravidez e das limitações que essa criança apresentará, a gestante deve ser obrigada a ter a essa gestação, por conta, dessa regra adentrar a sua autodeterminação, impondo-lhe um ato contra a sua vontade ou desrespeitando assim o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa questão ainda é desautorizada, mas merece muito estudo, portanto se a gestante realizar a interrupção da gestação será punida de acordo com o Código Penal.

3 ESPÉCIES PENAIIS DE ABORTO

As condutas praticadas pela gestante dentre os artigos 124 ao 126, do Código Penal de 1940, consistem em sanções penais que ocorrem em abstrato, situações para a realização da prática do aborto, realizado com o fim de obter a morte do produto da concepção.

Uma das condutas que causam o aborto criminoso está prevista no artigo 124, do Código Penal Brasileiro, chamado normalmente como termo jurídico de auto aborto, que será exibido a seguir:

Provocar significa dar causa ou determinar; consentir quer dizer dar aprovação, admitir tolerar. A diferença das condutas é evidente quem provoca é a própria gestante; quem consente é a gestante, mas o autor é outro. O objeto das condutas é a cessação da gravidez, provocando a morte do feto ou embrião. Como regra, a prova do aborto faz-se por exame pericial. Excepcionalmente, por exame indireto (o perito oficial analisa as fichas clínicas do hospital que atendeu a gestante). Trata-se da forma prevista no art. 124 do CP. (NUCCI, 2017, p. 126).

Portanto, a gestante que provocar o aborto, tendo como objetivo eliminar o feto seja por meio de objetos introduzidos no útero ou por outro modo estará cometendo o crime de aborto provocado.

Do mesmo modo, nas palavras do doutrinador apresenta-se que:

O terceiro praticar as manobras abortivas na gestante que consentiu validamente, deverá este ser responsabilizado, vindo a sofrer a punição do delito do artigo 126, do Código Penal, aborto com consentimento da gestante. (CAPEZ, 2019, p. 253).

Assim, caso ela venha consentir que outra pessoa lhe provoque o aborto, ocorre o incurso no delito previsto no artigo 126 do Código Penal de aborto com o consentimento da gestante.

No entanto, quanto ao do dispositivo 125, do Código Penal, a doutrina de Rogério Greco (2017, p. 525) entende da seguinte forma, "Se for um terceiro que o realiza, devemos observar se o seu comportamento se deu com ou sem o consentimento da gestante, pois que as penas são diferentes para cada uma dessas situações".

Nesta fase será observado o comportamento da gestante, se consentiu para a execução do ato, pois se não teve autorização por parte da gestante a pena é diferente para cada uma das situações, sofrendo assim uma sanção maior do que dos outros delitos, sendo a pena mínima de 3 (três) anos e a pena máxima equivale a 10 (dez) anos.

Já, o tipo penal do artigo 127, do Código Penal, trata das causas de aumento de pena:

Abrangência. Este artigo só é aplicado às formas tipificadas nos arts. 125 e 126, ficando excluídos o auto aborto e o aborto consentido (art. 124 do CP), na medida em que o nosso ordenamento jurídico não pune a autolesão nem o ato de matar-se. Assim, se a gestante ao praticar o auto aborto lesiona-se gravemente, ela não terá a sua pena majorada em virtude da autolesão, mas só responderá pelo delito do art. 124. Da mesma forma, é inconcebível em nosso ordenamento jurídico punir a morte da gestante decorrente do auto aborto, na medida em que o ato de matar-se é atípico. (CAPEZ, 2019, p.255).

Dessa forma, os dois artigos antecedentes, na qual acontecendo o crime de lesão grave a pena será aumentada de um terço, e por conta da prática abortiva ocorrer a morte, da gestante a pena pode ser duplicada, espécie que não pode abranger o auto aborto previsto no artigo 124, do Código Penal, portanto caso a gestante venha a se desfazer de sua própria vida, isso será configurado como fato atípico.

A regra do Direito Brasileiro é a promoção do aborto, entretanto, existiu exceções à regra imposta pelo legislador, que permitem a prática abortiva em determinadas situações.

3.1 Permissão do aborto pela lei

O artigo 128, do Código Penal trata das modalidades que permitem a interrupção da gestação, portanto o aborto é considerado ato lícito. Podendo ser realizado e não irá sofrer as sanções impostas pelos artigos anteriores. Espécies que estão descritas nos incisos I e II que dispõe, no artigo 128 do referido Decreto de Lei nº 2. 848, de 7 de dezembro de 1940:

Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A primeira hipótese, não ocorre a punição do aborto praticado por médico quando a gestante corre risco de vida, o método abortivo é considerado atípico nesse tipo de caso, da mesma forma também não é aplicado na gravidez que resulta de estupro, a interrupção da gestação não gera punição.

Assim é o que preconiza Fenando Capez, (2019, p.259) “observa-se que não se trata tão somente de risco para a saúde da gestante, ao médico caberá avaliar se a doença detectada acarretará ou não risco de vida para a mulher grávida”.

Portando, o médico sabendo que a gestante corre risco de vida, decorrente da gestação, pode ele realizar a interrupção de ofício, pois o profissional de saúde, tem como objetivo resguardar o bem maior que é a vida da mãe.

A segunda espécie ocorre quando a gravidez resulta de estupro, conforme as palavras de Guilherme de Souza Nucci, (2017, p. 137) “em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São dois valores fundamentais, mas é melhor preservar aquela já existente”.

Assim se a mulher for violentada, é necessário que a gestante faça o boletim de ocorrência para realizar o procedimento, porém se for menor de idade é necessário a autorização do seu representante legal.

A doutrina traz também a modalidade de aborto conhecidas como aborto econômico ou social, que ocorre quando a gestante vive em situação de hipossuficiência financeira:

A gestante que se encontra grávida por mais uma vez, dada sua falta de conhecimento na utilização de meios contraceptivos, ou mesmo diante de sua impossibilidade de adquiri-los, não podendo arcar com a manutenção de mais um filho em decorrência de sua condição de miserabilidade, resolve interromper a gravidez, eliminando o produto da concepção, causando a sua morte. (GRECO, 2017, p.194).

Nessa ocasião, não há qualquer justificativa para afastar a ilicitude do fato, mesmo por conta da falta de conhecimento da gestante isso não é justificativa para a interrupção da gestação até porque estaremos eliminando uma vida, tudo isso pelo motivo de não possuir capacidade financeira para sustentar mais um filho, caracterizando desse modo, aborto realizado para a limitação de filhos nos casos de hipossuficiência financeira.

A questão acerca do aborto eugenésico^[1] também é vedada, em virtude da nossa legislação que regula a matéria, tendo como previsão inclusive na doutrina, conforme destaca:

É aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Não é permitido pela nossa legislação e, por isso, configura o crime de aborto, uma vez que, mesmo não tendo forma perfeita, existe vida intrauterina, remanescendo o bem jurídico a ser tutelado penalmente. Eugenia é expressão que tem forte conteúdo discriminatório, cujo significado é purificação de raças. (CAPEZ, 2019, p. 263).

Conforme incumbido acima o ordenamento jurídico Brasileiro não prevê a possibilidade de realização de aborto eugenésico, que pressupõe retirar do útero materno expelir, o feto que possui deformidades graves, com a finalidade da purificação de raça, assim caso venha ocorrer essa modalidade abortiva, a gestante será punida em virtude, da prática do abortiva.

3.2 Permissão do aborto por decisão dos tribunais

Trata-se de uma categoria criada por uma resolução do STF (Supremo Tribunal Federal), concedida em 2012 pela ADPF 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), em que culminou na concessão do aborto de feto com anencefalia, pelo fato do feto nascer sem cérebro.

No entanto, antes de se chegar a essa decisão, o Supremo precisou ser provocado acerca da anencefalia, na ação que teve como idealizador a CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde):

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS formalizou a argüição de descumprimento de preceito fundamental ora em exame parcial. Sob o ângulo da admissibilidade, no cabeçalho da petição inicial, apontou, como envolvidos, os preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, cabeça, e 196 – direito à saúde –, todos da Carta da

República e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. (STF, 2012, p. 02).

Portanto foi a partir da posição tomada pela CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores), os tribunais passaram a entender mediante esses argumentos, que o preceito fundamental estava sendo ameaçado, que seria na ocasião, em questão, não permissão da interrupção da gestação de feto com anencefalia.

Vale ressaltar o lapso temporal para se chegar a esse resultado favorável, conforme aponta Rogério Greco, (2017, p.198).

Após oito anos, aproximadamente, vale dizer, em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu a questão por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, I e II, todos do diploma repressivo.

A circunstância que causa desconforto, é em virtude do período gasto do Supremo Tribunal Federal para chegar a um resultado concreto acerca do assunto, para entender que a vedação do aborto, constata a violação à dignidade da pessoa humana, impondo a gestante um sofrimento desnecessário visto que a continuação da gravidez implica na morte do produto da concepção.

Em outras palavras, sendo também identificado esse entendimento na obra de Fenando Capez (2019, p. 265): “O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida”.

Isso quer dizer que se não tiver a atividade encefálica, o feto não possui vida, portanto caso seja realizada a interrupção da gestação nesses casos, o fato é atípico.

Portanto, a interrupção da gestação neste tipo de caso, passou a ser legal, adentrando as hipóteses do artigo 128, do Código Penal, em que na qual não se

pune o aborto, pois o feto é portador de anencefalia, por conta disso ocorre a ausência da calota craniana e parcela do cérebro, não havendo assim possibilidade de sustentar uma gestação. Porém é diferente das outras hipóteses em questão, por não estar presente no Código Penal, em virtude de a interpretação ter sido realizada pelo Tribunal Superior, por meio do Supremo Tribunal Federal.

A questão acerca a morte encefálica, é regida de acordo com CFM (Conselho Federal de Medicina), através da resolução 1. 480/97, em conformidade com o artigo 3º da Lei 9. 434, de 4 de fevereiro de 1997 expondo que:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Em vista disso, para que ocorra a morte encefálica deve estar presente não só a morte cerebral, mas também outros demais requisitos como, a morte do tronco encefálico ou tronco cerebral da ponte do bulbo, que abrigam os centros cardiorrespiratórios, isso devido o encéfalo ser formado por quatro órgãos (cérebro, cerebelo, ponte e bulbo). Além disso, o diagnóstico da morte encefálica deve se constada por dois médicos, que não compõem a equipe médica, portanto caso ocorra a morte cerebral, isso corresponde somente a morte do cérebro, e não dos demais órgãos que compõem a calota craniana.

Dessa maneira, para que aconteça a morte encefálica, é necessário não só a morte do cérebro, mas, também dos outros demais órgãos, que constituem o encéfalo e compõem a caixa craniana.

3.3.1 Última decisões dos tribunais abrindo a possibilidade de nova forma permissiva de aborto no Brasil

O aborto é considerado crime segundo o Código Penal, dos artigos 124 a 126, no entanto, em uma decisão em 29 de novembro de 2016 realizada pela

Primeira Turma do STF (Supremo Tribunal Federal), anulou a prisão de 5 (cinco) médicos e funcionários de uma clínica de aborto clandestina, situada em Duque de Caxias – RJ, isso em razão do julgamento do Habeas Corpus 124. 306, impetrado pela defesa, que será visto a seguir:

HABEAS CORPUS. AUTORIZAÇÃO PARA A INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ. – Apona como autoridade coatora o Juiz da 1ª Vara Criminal da Capital. – Aduz o Impetrante que é preciso intervenção jurisdicional para resguardar a integridade física e a dignidade da pessoa humana, utilizando o presente habeas corpus como instrumento constitucional para este fim. – **COM RAZÃO OS IMPETRANTES:** há nos autos documentação médica dando conta da inviabilidade do feto. **MAIS: HÁ RISCOS PARA A SAÚDE DA GESTANTE/PACIENTE.** Importante ressaltar que não se trata de laudo de médico particular da paciente, mas laudo médico expedido por uma das mais respeitáveis instituições da área médica: Instituto Fernandes Figueira – **FIOCRUZ**, onde é atestado que o feto em questão apresenta holoprosencefalia semilobar; microcefalia; hipotelorismo; narina única e rins hiperecogênicos. Enfático é dito laudo médico em assecrar tratar-se o caso em questão pequena chance de sobrevivência e que os sobreviventes não apresentam ganhos no desenvolvimento, sem falar na presença de alterações em outros órgãos o que torna o prognóstico ainda mais reservado. Há risco igualmente à saúde da gestante, quer no aspecto físico quer no aspecto psíquico. Não se pode impor à gestante o sofrimento de levar até o fim gestação de um ser que, infelizmente, apresenta má formação que põe em risco a vida da gestante e se mostram como mínimas as chances de sobrevivência do feto. Dramas como esse exigem sensibilidade e respeito ao sofrimento imposto à gestante, já fragilizada não só pelo período gestacional (repleto de incertezas) como pelo termo situação extremamente dolorosa e perigosa. Parecer da comissão de ética da **FIOCRUZ** favorável à interrupção da gravidez mediante autorização judicial **RATIFICAÇÃO DA LIMINAR.**

CONCESSÃO DA ORDEM. (TJ-RJ
– **HC 00590191020158190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 1
VARA CRIMINAL**, Relator: **GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA**, Data
de Julgamento: 17/11/2015, **QUARTA CÂMARA CRIMINAL**,
Data de Publicação: 19/11/2015).

Nesse caso, o feto possuía anomalias dentre elas estava a microcefalia, e em virtude delas, a 1ª Turma da Corte por parte da maioria dos votos os Ministros, permitiram a realização da interrupção da gestação, entendendo o seguinte, que a gestação até o período de 3 meses não pode ser equiparada com o aborto.

O Ministro Luis Roberto Barroso, utilizou os seguintes argumentos para fundamentar sua decisão:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. (STF, 2016, p. 01).

A sua posição está embasada nos direitos fundamentais, que está previsto no texto constitucional, sendo assim uma norma constitucional está acima da lei infraconstitucional, sua interpretação foi ampla, e permitiu que o tema em questão, da legalização do aborto fosse aberto novamente.

Através do voto do relator, nota-se que o fundamento de sua argumentação tem por base a dignidade da pessoa humana, em que o Estado não pode intervir num direito pessoal da gestante, que tem o livre arbítrio de escolher se quer ou não aquela gravidez, já que o direito reprodutivo é da mulher, não tem o porquê do homem intervir, em virtude de quem irá suportar a gestação será a mulher.

4 MICROCEFALIA

O vírus zika, chegou ao Brasil em 2014, por meio do mosquito *aedes aegypti*, se disseminou mais na região nordeste, em razão de ser um local com uma temperatura mais elevada, e se espalhando para todo o país, transportando junto com ele o zika vírus, e por intermédio dele infectando uma grande parte da população, inclusive as gestantes.

A contaminação das gestantes, foi a que culminou uma grande preocupação, pois suspeitavam que o vírus zika era o principal responsável pela contaminação do feto por contrair a microcefalia, essa suspeita foi confirmada, através de uma pesquisa publicada na revista *British Medical Journal* revelando que:

A pesquisa concluiu que a microcefalia ligada à zika apresenta, em geral, danos cerebrais extremamente severos, com poucas chances de um bom desenvolvimento das funções neurológicas. Uma característica que parece ser específica da microcefalia por zika é a calcificação em uma região determinada: entre a substância branca cortical e subcortical do cérebro. (G1, 2016).

A partir dessa pesquisa, passa-se a entender que o *aedes aegypti* era o principal responsável pela epidemia da microcefalia e que os danos no feto seriam irreversíveis, e que o feto teria poucas chances de ter um bom desenvolvimento das funções neurológicas.

Apesar de o mosquito ser responsável por transmitir para a gestante o vírus zika, e conseqüentemente o feto contrair a microcefalia, há outro método para a gestante transmitir a microcefalia para o feto, das seguintes formas:

Os vírus, de uma forma geral, podem causar microcefalia. O que a gente mais conhece é o vírus da rubéola, um dos mais antigos e que a gente já tem campanhas para evitá-lo, como a vacinação. Mas o citomegalovírus, que parece uma gripe para a mãe, também pode ser causa de microcefalia. O herpes vírus, a toxoplasmose, alguns estágios da sífilis, menos frequentemente, mas além desses quadros que são

infecciosos, você também pode ter alterações do metabolismo do bebê, causando isso; você pode ter alterações do fluxo da placenta, da quantidade de sangue com nutrientes que passa da mãe para esse bebê. (CISCOPAR, 2018).

Portanto, o *aedes aegypti* não é o único transmissor da microcefalia, ela é uma doença que já existia a muitos anos no Brasil, porém essa patologia só passou a ser levada mais a sério em virtude do grande número de bebês que passaram a nascer com microcefalia.

A microcefalia consiste no perímetro cefálico menor do que esperado para aquela criança naquela idade e sexo. De modo que, pode ela ser identificada como microcefalia congênita. Segundo a OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde, 2016). "Microcefalia é uma condição rara, cujas causas podem ser genéticas ou ambientais (relacionadas à toxicidade, radiação ou infecção)".

A microcefalia congênita ocorre no período da gestação, quando a gestante fica exposta a ambientes de radiação e de toxidade, pode ser causada pelo o vírus de outras doenças como a rubéola, agora a eventual associação com o vírus zika pode levar ao bebê nascer com microcefalia.

O método para a realizar a identificação do bebê que possui microcefalia começa, quando a gestante ainda está no período gestacional, por meio de ultrassom, e mediante a utilização de fita métrica para verificar as medidas no perímetro cefálico do bebê.

O padrão universal do crânio no Brasil é de 34 cm, segundo parâmetros da Organização Mundial da Saúde:

A microcefalia é diagnosticada quando o perímetro da cabeça é igual ou menor do que 32 cm (até este ano o Ministério da Saúde adotava 33 cm, mas a medida foi alterada de acordo com parâmetros da Organização Mundial da Saúde). Portanto, o esperado é que bebês tenham pelo menos 34 cm. Mas atenção: isso vale apenas para crianças nascidas a termo (com 9 meses de gravidez). No caso de prematuros, esses

valores mudam e dependem da idade gestacional em que ocorre o parto. (G1, 2016).

Deste modo, é necessário analisar qual o tamanho do perímetro cefálico do bebê logo após o nascimento, medida que pode ser executada já no Hospital, para que dali em diante seja tomado os devidos cuidados com a criança.

A criança diagnosticada com microcefalia pode ter uma vida próxima das demais outras crianças saudáveis, no entanto, deve-se tomar as devidas precauções durante o crescimento da criança com microcefalia:

Os sintomas dependem do grau do dano ou subdesenvolvimento apresentado pelo cérebro. Alguns dos problemas que o bebê com microcefalia grave pode ter incluem convulsões, atrasos no desenvolvimento, problemas de alimentação, problemas de audição ou visão, problemas de movimento ou equilíbrio, hiperatividade e incapacidade intelectual. (MSD, 2017).

Assim conforme o exposto acima, deve a criança ter atendimento médico e fisioterapêutico para atender suas necessidades, dependendo do grau da microcefalia, pois pode variar de uma condição para a outra, não é idêntico cada caso, portanto não possuem um problema específico.

Desta maneira, conforme os sintomas, de microcefalia que o bebê apresenta, é possível que ele tenha uma vida próxima das demais crianças saudáveis, porém terá algumas limitações físicas e psicológicas, entretanto isso deriva de paciente para paciente, sujeitando-se o estágio de microcefalia em que foi diagnosticado.

4.1 Aborto de feto anencefalo em comparação com a microcefalia

O aborto de feto anencefalo, é uma das espécies que permite a interrupção da gestação, concessão que foi autorizada em 2012 pelo STF (Supremo Tribunal Federal), julgamento que terminou com 8 votos a 2 e a ação foi ajuizada pela CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores) em assessoria com ANIS (Instituto de Bioética, Direito Humanos e Gênero), que autorizou a gestante interromper a gestação sem necessitar de autorização judicial.

Dentro dessas circunstâncias, aparece a microcefalia, em razão do elevado número de casos. Devido esse aumento a matéria passou a ser discutida, para legalizar a interrupção da gestação, tendo em vista a doença apresentar problemas físicos e psicológicos nas crianças, por consequência disso terão que levar isso para a vida toda, tendo que conviver com médicos e fisioterapeutas para que consiga realizar as atividades normais da vida.

A antropóloga Débora Diniz entende que o responsável por toda essa situação é o Estado, e se manifesta da seguinte forma:

Vítimas de zika não podem ser forçadas a manter uma gravidez que pode trazer riscos ainda desconhecidos a sua saúde e a de seu futuro filho. O escândalo não deve ser o direito ao aborto em caso de zika, mas a negligência do Estado brasileiro em enfrentar a epidemia. A conversa precisa ganhar contornos justos, e o mais importante deles é reconhecer que as mulheres estão desamparadas pela incapacidade do Estado de eliminar o mosquito. (UnB, 2016,).

Conforme o exposto, de acordo com a antropóloga o verdadeiro motivo que levou a essa epidemia foi a negligência do Estado, em razão de antes mesmo existir o vírus zika, já sofríamos com a dengue e mesmo assim ele foi incapaz em combater o mosquito, em virtude disso fazendo que o parasita ao longo dos anos passasse para as outras pessoas doenças mais graves que a dengue.

A anencefalia ocorre quando o feto nasce com a ausência da calota craniana e parcela do cérebro, e a gestante não é punida por realizar a interrupção da gestação, ao saber que o bebê, vai nascer sem vida. Diferente da anencefalia na microcefalia a criança apresenta dificuldade respiratória, para se locomover dentre outras, isso conforme o grau da microcefalia. Apesar de ser causas distintas o ministro Marco Aurélio do STF (Supremo Tribunal Federal), considera a possibilidade de interrupção da gravidez, quando o feto é diagnosticado com microcefalia, acerca da seguinte forma:

A interpretação do conceito de dano à mulher, uma das hipóteses de aborto legal. Aos seus olhos, essa definição pode

incluir não apenas o prejuízo material, à saúde física da gestante, mas também a moral, que afetaria a saúde mental. Com base nessa premissa, o sofrimento da grávida por saber que seu filho terá graves limitações justificaria, para Marco Aurélio, a interrupção da gravidez. (CONJUR, 2016).

Nesse caso, a questão abordada não leva em consideração a saúde física da mulher, mas também a sua liberdade de escolha, por saber que antes mesmo de seu filho(a) nascer ele terá dificuldades para realizar atos normais da vida, como andar e não terá a mesma capacidade de aprender como as outras crianças, por conta disso, poderia a gestante realizar a interrupção da gravidez.

Assim, apesar de microcefalia e anencefalia não serem iguais, o que está em jogo aqui não é a questão da proibição de sua interrupção, mas sim o direito de escolha da mulher em saber que seu filho nascerá com limitação física e psicológica, e nada poderá fazer, essa era uma decisão que teria que partir da gestante, para impedir o resultado que não seja de sua vontade, portando o Estado e ninguém mais poderia interferir em sua decisão.

4.2 Consequências Jurídicas do aborto de feto com microcefalia

O aborto, consiste na interrupção da gestação com a morte do produto da concepção, portando a sua realização é definida como crime, a qual está tipificada nos artigos 124 a 128 do Código Penal, no entanto em algumas situações pode ser realizada a interrupção da gestação, de acordo com o se vê a seguir:

A lei permite o abortamento nos casos já enunciados no Código Penal, ou seja, para salvar a vida da gestante e quando a gravidez for proveniente de estupro. Há um tertius genus, em razão da decisão do Corte Maior, que permite o procedimento em caso de comprovação de feto anencéfalo, ainda não incorporado no estatuto penal. (JUNIOR, 2015).

Desse modo, somente dentro daquelas condições que poderá ser feito o procedimento abortivo, portanto não se encontra dentro desse enunciado, que é permitido o aborto nos casos de feto com microcefalia, sendo assim se for realizada a conduta abortiva, o sujeito, sofrera as sanções da nossa legislação penal.

Apesar de não ser autorizado, a interrupção da gestação quando o feto possui microcefalia, em um julgamento realizado pela primeira turma do STF (Supremo Tribunal Federal), acerca do habeas corpus 124.306, que trata da matéria em tela entendendo da seguinte forma, “a 1ª Turma da corte, por maioria, entendeu que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser equiparada ao aborto. No caso, duas pessoas foram presas acusadas de atuar em uma clínica de aborto. A decisão não é vinculante” (CONJUR, 2016).

Desta maneira, conforme o entendimento da primeira turma, pode ser interrompida a gestação até o terceiro mês de gravidez, em virtude de ainda não estar desenvolvido o sistema nervoso central do bebê, portanto ele não possui vida, porém esta decisão, não é vinculante, ou seja, ela não prevalece sobre os demais tribunais inferiores, portanto não pode ser aplicada em outras situações semelhantes.

O vírus zika, só passou a ser mais conhecido, em virtude da epidemia da microcefalia, sendo ele o maior responsável pela sua proliferação, no entanto houve uma diminuição do número de bebês infectados com microcefalia, de acordo com informações do Ministério da Saúde, (2019):

Em 2019, foram registrados 393 casos prováveis, sendo 59 casos confirmados. Todos os dados referentes a esse agravo são provenientes do Sinan Net. Em relação às gestantes no país, em 2018 (até a SE 11), foram registrados 280 casos prováveis, sendo 110 confirmados por critério clínico-epidemiológico ou laboratorial.

Assim conforme a informação apresentada, ocorreu uma redução dos números de casos de microcefalia, no entanto ainda não é o suficiente, o ideal seria não ter notificação em relação a tal eventualidade, ainda que não seja o bastante, estamos progredindo impedindo o aedes aegypti de infectar mais pessoas.

As gestantes que tiveram filho(a) com microcefalia, encontram algumas dificuldades para adquirir os recursos necessários para a criança, por consequência

disso ficam à mercê do amparo da família e do Estado, mas não é bem isso que acontece, conforme o relato de uma mãe:

Gabriela planejava terminar o ensino médio e estudar fisioterapia. Agora, ela passa os dias cuidando da filha. O marido a abandonou pouco depois do nascimento de Ana Sophia. Ele não podia aceitar a condição da filha, diz Gabriela, e não paga pensão. (G1, 2018).

De acordo com as informações apresentadas, apesar de ser negado o aborto nesse tipo de situação, conclui-se que a gestante que tem enfrentar todas as dificuldades sozinha para criar o bebê, algumas delas conseguem a ajuda de sua família, o marido que poderia ajudar nas tarefas de casa e contribuir na renda mensal da família, acaba renunciando desse dever, deixando sua esposa sozinha, passando ela a ter que fazer ambos os papéis de pai e mãe, sem contar que ela abandona todos seus objetivos para se dedicar a uma única tarefa de cuidar de seu filho(a).

Portanto, o que está em jogo aqui, é que a responsabilidade recairá somente para a gestante enfrentando todas essas atividades sozinhas, ela poderá não ter a ajuda do marido ou do Estado para criar seu filho, ou seja, para comprar remédios, levar seu filho(a) para realizar uma consulta no fisioterapeuta, sem contar as demais obrigações, tudo isso será executado pela mulher, sua vida estará voltada para cuidar da criança, em virtude disso seus desejos pessoais ficarão sempre em segundo lugar, esse é um dos resultados que a microcefalia proporciona, por conta disso a gestante não tem para onde correr, pois sua única opção é conceber a criança mesmo sabendo que possui microcefalia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto ele realizado somente nas últimas circunstâncias, para que uma vida não seja ceifada sem necessidade, portanto as espécies de abortamento legal é ligada a uma questão de saúde, caso a gestante se encontre em situação de risco, o único meio de salvar a sua vida é a extinção da vida do feto.

A microcefalia não possui as mesmas características da anencefalia, nessa situação o feto não falece logo após o parto, mas dependendo o grau da microcefalia, o bebê contara com problemas psicológicos e físicos, sem contar os desafios que a gestante terá, para criar essa criança, porém mesmo sendo algo degradante para a gestante, nada pode ser feito, se realizado o aborto, nesse contexto resultaria em uma sanção penal, portanto mesmo o ato atingindo sua liberdade de escolha, e adentrando seu direito reprodutivo, nenhuma medida pode ser feita.

O principal responsável pela epidemia, da microcefalia é o *aedes aegypti*, porém já convivíamos com ele a muito tempo, e nenhuma medida realizada pelo o Estado foi efetiva para elimina-lo, porém não podemos responsabilizar somente ele, a população também tem sua parcela de culpa, pois não cumpre as regras que impedem a sua proliferação, por esse motivo a responsabilidade não pode recair somente na gestante, devido a omissão decorrer tanto do Estado como da população.

Todavia, hoje é crime o aborto de feto com microcefalia, no entanto, a ciência através do tempo tende a desenvolver novos estudos e trazer novas respostas para prevenção ou até mesmo a solução da gestação de feto com microcefalia.

Contudo o campo jurídico depende muito dessas das respostas científicas para normatizar o assunto e disciplinar a vida em sociedade de maneira segura.

Esse assunto não se exauri, uma vez que existe uma discordância entre, dois bens jurídicos de extrema grandeza, no que tange o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana.

Em suma, escolher um deles é uma tarefa difícilíssima a qualquer ser humano, porém, deve-se sopesar aquilo que seja menos doloroso para ambos os envolvidos.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-Corpus nº 124. 306**, Relator: Min. Marco Aurélio Data do Julgamento: 29 nov. 2016, p. 01. Disponível

em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/H124306LRB.pdf>. Acesso 11 de jul de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54: ADPF 1941415**, Relator: Min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 12 abr. 2012, p. 02. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso 09 de jul de 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Habeas-Corpus nº 005901910201581900 00**. Relatora: Gizelda Leitão Teixeira. Data do Julgamento: 17 nov. 2015. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/363829896/habeas-corpus-hc-590191020158190000-rio-de-janeiro-capital-1-vara-criminal?ref=serp>. Acesso 09 de jul de 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso 02 de jul de 2019.

_____. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso 20 de jul de 2019.

_____. Ministério da Saúde. **Monitoramento dos casos de arboviroses urbanas transmitidas pelo Aedes (dengue, chikungunya e Zika) até a Semana Epidemiológica 12 de 2019 e Levantamento Rápido de Índices para Aedes aegypti (LIRAA)**. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/images/pdf/2019/abril/30/2019-013-Monitoramento-dos-casos-de-arboviroses-urbanas-transmitidas-pelo-Aedes-publicacao.pdf>. Acesso 13 jul de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 19ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

CISCOPAR. **Semana Estadual de Prevenção e Combate à Microcefalia**. Disponível em: <https://www.ciscopar.com.br/2016/portal/view.php?p=not&id=159>. Acesso 10 de jul de 2019.

CONJUR – Consultor Jurídico. **Decisão do STF sobre aborto de anencéfalo não se aplica a feto com microcefalia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-05/decisao-feto-anencefalo-nao-aplica-microcefalia>. Acesso 09 de jul de 2019.

CONJUR – Consultor Jurídico. **Interromper gestação até 3º mês não é crime, decide 1ª Turma do STF em HC.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-29/interrompe-r-gestacao-mes-nao-aborto-turma-stf>. Acesso 15 de jul de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução cfm nº 1.480/97.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm. Acesso 20 de jul de 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 11ª. Edição. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Parte Especial. 14ª. Edição. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

G1. **Estudo detalha lesões no cérebro de bebês com microcefalia ligada à zika.** Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/04/estudo-detalha-lesoes-no-cerebro-de-bebes-com-microcefalia-ligada-zika.html>. Acesso 09 de jul de 2019.

G1. **Microcefalia: saiba o que é, o que causa e como identificar.** Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/microcefalia-saiba-o-que-e-o-que-causa-e-como-identificar.html>. Acesso 09 de jul de 2019.

G1. **Mães de bebês com microcefalia lutam contra a pobreza e o desespero.** Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2018/10/17/maes-de-bebes-com-microcefalia-lutam-contra-a-pobreza-e-o-desespero.ghtml>. Acesso 15 de jul de 2019.

JUNIOR, Eudes Q. de Oliveira. **Aborto em casos de microcefalia causada pelo zika vírus?** Disponível em: <https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/267269255/aborto-em-casos-de-microcefalia-causada-pelo-zika-virus>. Acesso 15 de jul de 2019.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** 2ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

MSD, Manual. **Microcefalia.** Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt-br/casa/problemas-de-sa%C3%BAde-infantil/defeitos-cong%C3%AAnitos-do-c%C3%A9rebro-e-da-medula-espinhal/microcefalia>. Acesso 20 de jul de 2019.

NUCCI, G. De Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Arts. 121 a 212 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, G. De Souza. **Código Penal Comentado**. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2017.

OPAS. **Zika e gravidez: tire dúvidas sobre a relação entre o vírus e a microcefalia em recém-nascidos**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=4979:zika-e-gravidez-tire-duvidas-sobre-a-relacao-entre-o-virus-e-a-microcefalia-em-recem-nascidos&Itemid=812. Acesso 11 de jul de 2019

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso 08 de jul de 2019.

UnB – Universidade de Brasília. **Grávida vítima de zika deve ter direito ao aborto? SIM**. Disponível em: <http://noticias.unb.br/artigos-main/304-gravida-vitima-de-zika-deve-ter-direito-ao-aborto-sim>. Acesso 09 de jul de 2019.

VERDI, Roberta. **Aborto de Feto Anencefalo: A Inconstitucionalidade da Legalização e o Resgate da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/58-artigos-dez-2008/5795-aborto-de-feto-anencefalo-a-inconstitucionalidade-da-legalizacao-e-o-resgate-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso 08 de jul de 2019.

NOTA:

[1] Aborto eugênico ou eugenésico: é a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos. (NUCCI, 2017, p. 467).

PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

Lucas Fernandes Pompeu, o autor:
Advogado-RS. Formando pela Universidade
Católica de Pelotas - Ucpel.

Resumo: O presente trabalho visa traçar um panorama atual em relação aos principais princípios atinentes ao Direito Ambiental. Primeiramente, conceitua-se o que se entende por princípio, para depois, conceituar e caracterizar os próprios da área ambiental. Busca ainda uma análise pela jurisprudência, bem como a aplicação dos mesmos em relação a casos concretos.

Palavras: Chaves: Princípios. Direito Ambiental. Meio Ambiente. Jurisprudência

Índice: 1. O Que Se Entende Por Princípios 2. Princípios Dentro Do Direito Ambiental E Jurisprudência 2.1 - Princípio Do Ambiente Ecologicamente Equilibrado Como Direito Fundamental Da Pessoa Humana. 2.2 - Princípio Da Natureza Publica Da Proteção Ambiental. 2.3 - Princípio Do Controle Do Pelo Poder Público. 2.4 - Princípio Da Consideração Da Variável Ambiental No Processo Decisório De Políticas De Desenvolvimento. 2.5 - Princípio Da Participação Comunitária. 2.6 - Princípio Do Poluidor Pagador. 2.7 - Princípio Da Prevenção. 2.8 - Princípio Do Usuário Pagador. 3. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Diante de nossa quadra atual, nunca se fez tão importante a atuação do Direito quanto no ramo das questões ambientais. Cada vez mais os meios de produção se massificam, cada vez mais aumenta a demanda por produtos, o que gera, cada vez mais a necessidade de produção. Nesse sentido, imperioso a coonestação do óbvio. A fonte de tudo, é nosso Planeta Terra e seu ecossistema devidamente balanceado.

Constatado o óbvio, exsurge a constatação de algo não tão óbvio, mas primordial para a sustentabilidade planetária: a atuação do Direito – como ciência - nas questões ambientais. Diante disso, firma-se cada vez mais o Direito Ambiental, como ramo autônomo, diversificando-se e firmando-se diante do quadro jurídico socioeconômico atual. Firma-se um apêndice do Direito que busca

primordialmente adequar de forma satisfatória toda a gama de entrelaçamento entre pessoas, dirigentes públicos e entes econômicos provados com o ecossistema acima citado. Objetivo? Bem estar e sustentabilidade de todos.

A luz do desígnio, nascem questões que visam dar orientações a atuação do Estado diante de tais questões, o que denominados como princípios de atuação. Veremos, a seguir, o que é princípio, e quais os principais dentro do objeto aqui discutido. Traça-se um panorama com algumas aplicações dentro da jurisprudência, encerrando-se com a conclusão no que tange ao tema.

1. O QUE SE ENTENDE POR PRINCÍPIOS

Dentro do nosso ordenamento jurídico, observamos várias diretrizes que são denominadas de princípios. Sem querer alongar muito o tempo (o que, se esmiuçado, tomaria laudas e laudas), podemos, a grosso modo, entender por princípio uma norma que visa um determinado fim, apenas. Ele – princípio - não busca proibir ou obrigar algo. Esta norma que visa um determinado fim deixa o seu conceito em aberto, sempre buscando a concretização de um apontado objetivo, sem dar maiores informações – todavia - ao intérprete de como concretizar aquilo que se busca.

Ninguém menos do que Miguel Reale conceitua princípios da seguinte forma:

“Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”^[1].

Imperiosa a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, o qual conceitua com singular maestria o que é, de fato, a violação de normas principiológicas:

“Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.^[2]

Visto então, os princípios esculpidos em nosso ordenamento são normas de caráter amplo e geral, que visam, basicamente, firmar de forma concreta uma situação desejável pelo legislador, um estado de coisas, um fim pontual. Nestes – princípios – alicerça-se toda a legislação vigente, sendo que a inobservância de um põe em cheque todo o equilíbrio de nosso sistema como um todo, razão pela qual, toda a atuação do judiciário pauta-se pelos mesmos.

2. PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

Como visto então, dentro dos ramos do ordenamento jurídico, pautam-se como normas gerais os denominados princípios constitutivos, que servem

inclusive, para que determinada ciência seja denominada autônoma. Por isso, no empenho incansável de legitimar o Direito Ambiental como ramo de direito peculiar e especializado da árvore jurídica, tem seus estudiosos registrados uma série de princípios próprios da disciplina, mandamentos essenciais que embasam suas ideias, os quais veremos os principais.

2.1 - Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana.

Dentre os direitos fundamentais e coletivos do homem, acrescentou nossa Constituição Federal, em seu artigo 225 um novo direito fundamental da pessoa humana, o direito do ambiente “ecologicamente equilibrado”. Sobre este equilíbrio, assim expressa Antônio Trindade^[3]:

“O reconhecimento do direito a um ambiente sadio configura-se, na verdade, como uma extensão do direito à vida, quer sobre o enfoque da própria existência física e da saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver ”

Conforme explicitamos anteriormente, este direito figurou como uma importante mudança a nível de constituição. Foi um dos principais traços da Carta Magna em seu avanço jurídico.

2.2 - Princípio da natureza pública da proteção ambiental.

Este princípio decorre do reconhecimento do meio ambiente equilibrado como sendo de uso comum, de todos. Resulta em suma, dizer que qualquer questão relativa a este equilíbrio é de caráter público, uma vez que este equilíbrio é condição para a saudável existência da coletividade e também para fruição humana.

Poder-se-ia também dizer que, matem este princípio uma estreita relação com o Princípio da primazia do interesse público sobre o privado. Não é facultado ao Poder Público, em razão desta condição de coisa “pública”, a possibilidade de transigir em matéria ambiental. Ao contrário, a defesa deste bem comum é um dever imperativo ao Estado de Direito.

2.3 - Princípio do controle do pelo poder público

Resultado claro do mandamento expresso da Constituição em seu artigo 225. Como é bem comum, compete ao Poder Público zelar pelo equilíbrio ecológico, compete à ele fazer as devidas intervenções necessárias afim de eliminar qualquer dano ou ameaça a natureza.

Esta fiscalização e intervenção dá-se através dos órgãos públicos, incumbidos do poder de polícia administrativas, isto é, da faculdade inerente à administração pública de limitar o exercício dos direitos individuais, visando o bem estar da coletividade.

2.4 - Princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento.

Importante, no sentido de que é de suma importância levar-se em conta a questão do impacto ambiental em qualquer ação ou decisão, seja ela pública ou privada, para evitar-se alguma alteração negativa no equilíbrio do meio.

Esta matéria tem força constitucional, e é devidamente regulada por normas ordinárias.

2.5 - Princípio da participação comunitária

Este princípio expressa a ideia de que a resolução de questões envolvendo meio ambiente deve ser alicerçada na cooperação entre Estado e sociedade, através da participação de diferentes grupos sociais na elaboração de diretrizes e execução de políticas ambiental.

É fundamental esta intrínseca relação entre indivíduo-governo nas questões relativas à natureza, uma vez que seus aspectos geram uma influência a todos de uma forma geral. Exemplo concreto deste princípio é a garantia estabelecida por lei de audiências públicas nos processos de licenciamento ambiental que demandem previamente de estudo de impacto ambiental^[4].

Estes mecanismos de inserção da população em questões ambientais são garantidos face ao monopólio estabelecido pelo governo na gestão e no poder de polícia para fiscalizar eventuais abusos. Ciente de que nem sempre a Administração cumpre bem com seu devido papel, é aberta então esta possibilidade da análise direta da sociedade frente a questões de autorização e impacto no meio ambiente.

2.6 - Princípio do poluidor pagador

Caráter de retribuição do Direito Ambiental. Por este princípio, se busca os custos externos de agentes econômicos. Se imputa ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, fazendo-se assim então um sistema correlativo dos danos e da responsabilidade de quem gera este dano.

Quando o produtor gera determinado produto, gera certas exterioridades negativas, os resíduos de sua produção, que são absorvidos pela sociedade, ao contrário do seu lucro. Neste sentido, por este princípio, leva-se em conta estes restos da produção, imputando na forma de pecúnia ao produtor. Não se quer de maneira alguma tolerar o lixo de grandes empresas, mas sim, procura-se evitar o dano. Este pagamento, de maneira alguma irá eximir o produtor de reparar eventuais danos gerados futuramente.

O Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, do TJ/RS, conceitua tal princípio da seguinte forma:

“Consiste na obrigação que possui aquele que causa danos ao meio ambiente de arcar com os custos de sua reparação. Vale dizer, os danos evidenciados durante o processo produtivo devem ser reparados pelo agente que promove a degradação.”^[5]

Observe-se algumas aplicações jurisprudências práticas:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE. CORTE DE VEGETAÇÃO NATIVA E ABERTURA DE ESTRADA SEM LICENÇA AMBIENTAL. EXEGESE DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSIÇÃO DE COMPENSAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70079021333, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em: 10-10-2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. POLUIÇÃO AMBIENTAL. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NÃO CUMPRIDO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. O agravante, em termo de ajustamento de conduta, assumiu a responsabilidade pelo dano ambiental ocorrido em imóvel de terceiro, bem como assumiu a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações constantes no referido TAC, admitindo explorar economicamente a propriedade. Incidência do princípio do poluidor-pagador e da reparação integral, que, em suma, obrigam quem poluiu a reparar integralmente pela poluição causada. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento, Nº 70070581574, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em: 15-12-2016)

2.7 - Princípio da prevenção

Princípio fundamental do Direito Ambiental. Quando falamos de natureza e especialmente de recursos naturais, é importante que tenhamos a consciência que tratam-se de coisas limitadas, que se caso perdidas, não voltarão jamais ao seu estado original. A natureza possui uma certa capacidade de regeneração, mas é algo limitado e extremamente lento.

A água condicionada em nossos rios por exemplo, é algo finito. Só possuímos aquela que está ali. Caso ela se acabe, não ter-se-á como buscar mais naquela fonte natural, somente em outra. Assim, esgotando todas as possibilidades de extração, não teremos mais este bem futuramente no nosso ecossistema. Esta característica é que causou todo o furor em torno do meio ambiente.

Sendo assim, é vital que se previna o dano sempre, para não ter que repara depois. A tutela ao equilíbrio ecológico dá-se antes mesmo, e preferivelmente, antes do dano em si, e sim somente com o mero risco.

Tal princípio gera reflexos inclusive no campo processual, como se pode observar da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça. Nesta, restou contemplado que a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental. Na esteira dos precedentes que geraram o enunciado, justamente o princípio da precaução é quem orienta à pressuposição da inversão do ônus probatório, repassando para o suposto degradador o encargo de provar que sua conduta não enseja riscos ao meio ambiente como um todo.

Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSOS HÍDRICOS. PROTEÇÃO DE MANANCIAL SUBTERRÂNEO. POÇO ARTESIANO IRREGULARMENTE PERFURADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 618 DO STJ. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. Ainda que com divergência jurisprudencial, esta Corte já aplicava a inversão do ônus probatório às ações civis públicas por dano ambiental, seja através da aplicação do princípio da precaução, seja em atenção ao art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, inócua a polêmica frente à recente edição da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez estabelecido que “a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”. De acordo com os precedentes que deram origem ao enunciado, o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para o degradador o encargo de provar que sua conduta não enseja riscos ao meio ambiente. In casu, a atuação do Ministério Público é movida pelo referido princípio, pois busca evitar a poluição de manancial subterrâneo pela utilização da água do poço artesiano irregularmente perfurado no solo por uma das sociedades rés. Como

bem referido pelo Parquet em sua exordial, os “poços artesianos irregulares, além de se constituírem em importante fator de risco da qualidade da água consumida, são potenciais fontes de contaminação do aquífero, pelo que a prevenção é um dos objetivos da Política Nacional dos Recursos Hídricos (artigo 2º, inciso III, da Lei nº 9.433/97), moldando-se assim aos enunciados da prevenção e da precaução abstratamente previstos pela Constituição Federal para todos os recursos ambientais”. Sob esse prisma, em homenagem ao princípio da precaução, imperiosa a inversão do ônus da prova, modo a impor aos réus empreendedores a prova de que sua atividade não causa degradação ao meio ambiente. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento, Nº 70081063257, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em: 31-07-2019)

2.8 - Princípio do usuário pagador

Nas questões sobre meio ambiente, é imposto ao cidadão usuário uma contribuição pela utilização deste bem ou serviço visando o equilíbrio sadio.

A sociedade, usuários dos recursos naturais, com ou sem tarifas, arcam com os custos, ou seja, pagam sempre pelo uso direto desses recursos ou por serviços destinados à finalidade de garantir a qualidade ambiental e o bom equilíbrio ecológico.

Patrimônio ecológico como dito anteriormente é da coletividade, mesmo que em alguns casos possa a vir incidir algum título de propriedade privada. Sabemos que todo e qualquer recurso natural é essencial à coletividade.

Sobre este princípio, Luis Paulo Sirvinkas, ensina que:

“Vê-se, pois, que o poluidor deverá arcar com o prejuízo causado ao meio ambiente da forma mais ampla

possível. Impera, em nosso sistema, a responsabilidade objetiva, ou seja, basta a comprovação do dano ao meio ambiente, a autoria e o nexó causal, independente da existência de culpa.

O princípio do usuário-pagador está relacionado ao usuário de um serviço público qualquer. Ou seja, só deve pagar pelo serviço o usuário efetivo do bem, por exemplo, a água, o esgoto etc. No entanto, o princípio do poluidor-pagador, de certa forma, está inserido/embutido no conceito de usuário-pagador, mas com ele não se confunde.^[6]

Vejamos aplicação na prática:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE TAXA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. A taxa tem relação com o serviço prestado e não com faturamento daquele que busca a prestação de serviço público. É possível considerar o faturamento como critério para definir qual percentual ou valor deve ser cobrado, considerando a capacidade contributiva, porém, a taxa não pode incidir sobre o faturamento da empresa, sob pena de ofensa ao disposto no art. 145, §2º, da CF. Ainda, ao fixá-la proporcionalmente ao faturamento da empresa a parte agravada acaba por contrariar o próprio princípio do usuário-pagador que invoca como razão de cobrança da taxa, vez que este não tem qualquer relação com o quanto a empresa fatura ou lucro e sim com a proteção do meio ambiente. A forma que é cobrada a taxa, no caso, pode configurar enriquecimento ilícito e confisco o que é vetado. Ainda, não se verifica terem sido observados os princípios da razoabilidade e

proporcionalidade na fixação do valor cobrado. Cabe lembrar, taxa é tributo que requer fixação certa. O STF entende que a base de cálculo não pode se imiscuir no patrimônio líquido da empresa ou em seu faturamento, até porque se trata de tributo fixo (RE-AgR 216259 CE e RE 177835 PE). Quando muito, levando em conta o princípio da capacidade contributiva, pode o faturamento ou patrimônio ser levado em conta para aplicar descontos ou mesmo isentar de sua cobrança. De se recordar, ainda, que se tratando de tributo fixo não possui base cálculo, observando-se o comando inserido no artigo 145, § 2º, da Constituição Federal, que proíbe que a taxa tenha base de cálculo própria dos impostos. Em relação ao pedido no sentido de ser determinado que seja expedida a licença ambiental, este exige dilação probatória, a fim de verificar se todos os requisitos legais para tanto foram atendidos, o que não cabe neste momento processual. AGRADO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento, Nº 70072380413, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em: 29-03-2017)

3. CONCLUSÃO

Nestes termos, observamos que o Direito pauta-se por normas de caráter abstrato, as quais visam dar todo um sustentáculo ao ordenamento jurídico, visando, com isto, sempre um determinado fim.

No campo do Direito Ambiental, tão importante em nossa época, não é diferente. Há uma série de normas que visam não só um meio ambiente equilibrando, mas também balizar a relação do homem com o ecossistema que o rodeia de forma saudável e acima de tudo, sustentável, visando sempre a preservação das futuras gerações.

O Direito Ambiental, hodiernamente, é questão fundamental para a qualidade de vida de todos, não só como indivíduos, mas também como mundo em si. Que a sociedade como um todo cada vez mais continue não só criando, mas acima de tudo observando, os princípios que regem a matéria.

BIBLIOGRAFIA

- SIRVINSKAS, Luis Paulo. Tutela Penal do Meio Ambiente. São Paulo, Editora Saraiva, 2002.
- MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente, ed. Ver. Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria Geral do Estado. São Paulo 2001, Editora Saraiva.

NOTAS:

^[1] REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60.

^[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2000, p.747/748

^[3] Trindade, Antônio ^aDireitos Humanos e meio Ambiente : Paralelos dos sistemas de proteção ambiental. Porto Alegre : Fabris, 1993. p. 76.

^[4] Art 3º, caput, da resolução CONAMA 273, de 19.12.1997.

^[5] TJ/RS – Apelação Cível Nº 70078927001

^[6] Sirvinkas, Luis Paulo. Manual de Direito Tributário. 11ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. fl. 126.

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS NO PROCESSO PENAL

José Eduardo Brasil Louro da Silveira, o autor:
Pós Graduado em Direito Constitucional Aplicado.

Os recursos extraordinários são excepcionais, de modo que possuem natureza jurídica diferenciada dos demais, apresentando características particulares, a exemplo da exigência do prequestionamento, da impossibilidade de reexame de matéria probatória, da sua não vinculação direta ao princípio do duplo grau de jurisdição e, no âmbito processual penal, da divergência doutrinária a respeito da possibilidade de suspenderem a execução da sentença penal condenatória.

Os recursos extraordinários (em sentido amplo) possuem como espécies o recurso extraordinário, cabível perante o Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça. O RE e REsp são classificados pela doutrina como recursos constitucionais, já que estes, assim como o recurso ordinário previsto para as hipóteses de crime político, possuem seu regramento estabelecido diretamente pela Carta Magna. Assim, o recurso extraordinário é previsto da seguinte forma no texto constitucional:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A disciplina dos recursos especiais, por sua vez, é feita pela CF/88 nos seguintes termos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Antes de examinar com maiores detalhes as características dos recursos extraordinários, é necessário atentar para as diferenças entre as suas espécies. Assim, além da já mencionada distinção da competência dos tribunais superiores para conhecimento e julgamento do RE e REsp, o exame do texto constitucional permite inferir outras características diferenciadoras.

Nesse sentido, enquanto o artigo 102 da Constituição da República não especifica contra as decisões de que órgãos poderão ser interpostos recursos extraordinários, o regimento do recurso especial determina que este somente é cabível contra as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. "Isso significa que cabe recurso extraordinário, mas não cabe recurso especial contra as decisões das turmas recursais do juizados especiais criminais." (DUCLERC, 2008, p. 637).

Ademais, a Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu o §3º do artigo 102, de modo que a interposição de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal passou a exigir do recorrente, além dos já existentes requisitos de admissibilidade, a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em sua causa. Por outro lado, inexistente exigência semelhante em relação aos recursos especiais. A matéria foi regulada pelo parágrafo único do art. 322 do Regimento Interno do STF, *in verbis*:

Art. 322.

Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

Ressalvadas as mencionadas particularidades, o recurso extraordinário e especial compartilham, no geral, suas características distintivas, conforme será examinado adiante.

Os recursos excepcionais possuem efeito devolutivo mais restrito que os recursos ordinários, na medida que são recursos de fundamentação vinculada, pois somente podem ser interpostos nas hipóteses especificamente previstas nas alíneas dos arts. 102, III, e 105, III da Constituição Federal.

Ademais, não é admitida a interposição dos recursos extraordinários para o reexame dos fatos ou das provas carreadas aos autos. Assim, têm-se que o exame probatório é de competência exclusiva das instâncias ordinárias, de modo que o RE e REsp deve limitar-se a abordar as questões de direito passíveis de impugnação.

A respeito da matéria, Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha (2010, p. 254), ressaltam o seguinte:

É pacífica a orientação dos tribunais superiores de não admitir recursos excepcionais para a simples revisão de prova, tendo em vista o seu caráter de controle da higidez do direito objetivo (enunciados 279 e 07 da jurisprudência predominante do STF e do STJ, respectivamente). Isso decorre de uma velha lição: não é possível a interposição de recurso excepcional para a revisão de matéria de fato. Não cabe recurso extraordinário com o objetivo de o tribunal superior reexaminar prova, tendo em vista que esse pleito não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos.

Ao lado da fundamentação vinculada e impossibilidade de reexame probatório, os recursos extraordinários distinguem-se dos demais, ainda, pela exigência do prequestionamento. O prequestionamento é o requisito de admissibilidade que determina que a matéria a ser examinada pelo tribunal superior já tenha sido ventilada e apreciada pelas instâncias ordinárias.

Conforme salienta Tourinho Filho (2011, p. 912), prequestionar é questionar antes, é tratar com autoridade, sendo preciso que a parte, no recurso interposto contra uma decisão de primeira instância, cuide, de modo expresso, da matéria que, eventualmente, possa servir de fundamento à interposição de recurso extraordinário

Com efeito, não é considerado suficiente para fins de prequestionamento que o litigante suscite a matéria perante o juízo *a quo*, pois o julgador deve apreciar, especificamente, a questão. Assim, caso haja omissão do juízo que preferiu decisão contra a qual pretende-se interpor recurso excepcional, o vício deve ser sanado através do manejo de embargos declaratórios, sendo, inclusive, entendimento expresso na Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça que "*embargos de declaração com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*".

A grande controvérsia acerca dos recursos extraordinários no processo penal reside na possibilidade de sua interposição suspender os efeitos da sentença penal condenatória até o seu julgamento. De antemão, vale ressaltar que, diante da principiologia do processo criminal, não há possibilidade de produção de efeito suspensivo em relação às sentenças absolutórias através do manejo de recursos excepcionais (ou, ainda, de recursos ordinários).

Assim, o artigo 637 do Código de Processo Penal determina que os recursos extraordinários somente são dotados de efeito devolutivo, nos termos seguintes:

Art. 637. 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 mesma determinação também pode ser observada no art. 27, §2º, da Lei nº 8038/90, que regulamenta o processamento dos recursos nos tribunais superiores, *in verbis*:

Art. 27.

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Por outro lado, parcela significativa da doutrina brasileira advoga que tais dispositivos são inaplicáveis ao processo penal moderno diante da violação ao princípio da presunção da inocência, consubstanciado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, que reza: *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"*.

Nesse sentido, a doutrina majoritária defende que a execução provisória da sentença condenatória durante o julgamento dos recursos excepcionais violaria o estado de inocência do acusado, na medida que a interposição de qualquer recurso, ainda que extraordinário, impede que a sentença proferida transite em julgado, continuando a imperar o estado de inocência.

Assim, de fato, é necessário questionar como a execução provisória da sentença, que implica, em regra, o recolhimento do acusado à prisão, é compatível com o reconhecimento, ainda que ficto, de sua inocência até o trânsito em julgado do dispositivo condenatório. A doutrina majoritária vem entendendo, portanto, que como a interposição destes recursos impede o trânsito em julgado das sentenças, não seria admissível que as penas sejam impostas ao acusado antes da formação da coisa julgada, enquanto o réu ainda deve ser considerado inocente.

No âmbito jurisprudencial, os tribunais superiores passaram a garantir efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários após o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 MG[1] pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA - 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 a 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. (...)

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. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (...)

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição

do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. (STF -HC 84078/MG , Relator: Min. EROS GRAU, TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 05/02/2009, DJe-035 Divulgação 25-02-2010, Publicado em 26-02.2010).

Assim, a partir da decisão, vigorou o entendimento segundo o qual as sentenças condenatórias proferidas pelos juízos de primeiro grau e confirmadas pela instância superior através dos recursos ordinários não podiam ser executadas quando fossem objeto de recursos excepcionais, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Comentando a conjuntura do julgado, TOURINHO FILHO (2011, p. 73), observa:

Em boa hora o legislador, não suportando as críticas da doutrina, houve por bem revogar o draconiano art. 594 do CPP e permitir a liberdade provisória mesmo nos denominados crimes hediondos, alterando a redação do inc. II do art. 2º da Lei n. 8072/90. Embora tardiamente, o Supremo Tribunal Federal, Juiz dos Juízes – como o denominava Ruy -, passou a entender que o recurso extraordinário e o especial têm ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo, corrigindo, acertadamente, o erro do §2º do art. 27 da Lei n. 8038/90, mesmo porque a execução de uma sentença que ainda não transitou em julgado maltrata o princípio da presunção de inocência, dogma da fé.

A doutrina brasileira, majoritariamente, inclina-se no mesmo sentido, defendendo que os recursos extraordinários interpostos contra as sentenças criminais condenatórias devem suspender seus efeitos em razão das garantias processuais do acusado contidas na Carta Magna.

Nesse sentido, confira-se os seguintes posicionamentos:

Não parece razoável, à luz da disposição constitucional, que se possa falar em execução, definitiva ou provisória, do julgado penal ainda não definitivo, no tocante à aplicação da pena, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito. Aliás, a própria Lei de Execução Penal (n. 7219.84) só prevê a expedição da guia de recolhimento para a execução *transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade*(art. 105). E também o art. 160, do mesmo diploma, estabelece que a audiência

admonitória do *sursis* só é realizada depois de transitada em julgado a sentença condenatória. (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2001, p. 301)

De acordo com o art. 637 do CPP e o §2º do art. 27 da Lei n. 8038/90, o recurso extraordinário tem apenas efeito devolutivo. Contudo, uma vez que a Carta Magna dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), é um não senso executar uma decisão sujeita a recurso extraordinário. Por isso mesmo, o STF e o STJ já vêm se conscientizando de que tanto o recurso extraordinário quanto o especial têm ambos os efeitos, a despeito da Súmula 267 do STJ. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 908)

Proíbe-se, nessa perspectiva, toda e qualquer forma de tratamento do sujeito passivo da persecução que possa importar, ainda que implicitamente, a sua equiparação com o culpado. E não há dúvida de que a execução do conteúdo da condenação antes do seu trânsito em julgado apresenta-se como uma das maneiras de se realizar esse paralelo. (CAPEZ, 2011, p. 848)

Por fim, os recursos não têm efeito devolutivo, o que implica execução provisória da decisão recorrida. Em matéria penal, contudo, é preciso reconhecer, como já estudamos exaustivamente, ao falar das prisões processuais, que a decisão atacada através de recurso especial ou extraordinário ainda não transitou em julgado, valendo, portanto, a toda evidência, o princípio do estado de inocência, que impede que se dê tratamento de culpado aos que são considerados inocentes por presunção constitucional. (DUCLERC, 2008, p. 640)

Argumentar que a previsão expressa de efeito devolutivo para o recurso (art. 27, §2º, da Lei nº 8038/90) não leva a lugar nenhum, porque o que estará discutindo é a aplicação ou não do princípio da inocência, enquanto norma positiva e eficaz, já que o disposto no art. 5º, §1º, da CF, assegura que as 'as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'.(OLIVEIRA, 2008, p. 740)

Todavia, há corrente minoritária que defende a produção, tão-somente, de efeito devolutivo dos recursos extraordinários no processo penal, conforme demonstram as seguintes opiniões:

O efeito desses recursos é meramente devolutivo, razão pela qual, se for o caso, pode acarretar a prisão do réu. Atualmente, está em vigor a Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça: 'A interposição de

recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão'. Excepcionalmente, em casos teratológicos, pode-se impetrar habeas corpus, pleiteando se aguarde em liberdade o julgamento de qualquer deles (recurso especial e extraordinário), o que é raro ser concedido. (NUCCI, 2010, p. 909)

O processamento do recurso especial e do recurso extraordinário é regulado pela Lei nº 8038/90. Tais recursos são recebidos tão-somente no efeito devolutivo (§2º, art. 27). (TÁVORA e ALENCAR, 2009. p. 798)

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e o procedimento é o da Lei n. 8038/90. (GRECO FILHO, 2010, p. 361)

Ocorre que o Superior Tribunal Federal reviu seu entendimento durante o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, considerando a partir de então que a execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, ressalvada a hipótese de concessão de efeito suspensivo (não automático) a recurso das cortes superiores:

Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º,

inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. (ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018).

Conclui-se que, no particular, que a parcela majoritária da doutrina brasileira, entende que o princípio da presunção de inocência, na forma como foi consagrado pela Constituição, faz com que seja necessário atribuir o duplo efeito aos recursos extraordinários, sob pena de violação dessa garantia processual do acusado. Há, todavia, entendimento minoritário que não enxerga conflito entre a execução da sentença criminal não transitada em julgado e o estado de inocência do réu,

admitindo, portanto, o recebimento dos recursos excepcionais tão-somente no efeito devolutivo, sendo tal linha perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento das ADCs n° 43 e 44.

De fato, o sistema recursal atual torna difícil a convivência entre a previsão constitucional segundo a qual ninguém será considerado culpado *até o trânsito em julgado* de sua condenação, e a execução de sentença contra a qual pende o exame de recurso, já que, nesses casos, não se operou ainda seu trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010. vol. III.
- DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRINOVER, A.P.; GOMES FILHO, A.M.G.; FERNANDES, A.S. **Recursos no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

[1] Supremo Tribunal Federal - HC 84078/MG , Relator: Min. EROS GRAU, TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 05/02/2009, DJe-035 Divulgação 25-02-2010, Publicado em 26-02-2010

A LUTA DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO FRENTE À REFORMA TRABALHISTA: IMPLANTAÇÃO DO ARTIGO 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Luana Aparecida Gomes de França, o autor:
Graduanda de Direito do Centro Universitário de
Santa Fé do Sul – SP (UNIFUNEC)

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA^[1]
(Orientadora)

RESUMO[2]: O artigo analisará a importância da mulher no meio da sociedade, fazendo um confronto entre seus direitos e garantias. A pesquisa trará a trajetória das mulheres até os dias atuais no mercado de trabalho, analisando posteriormente as mudanças da Reforma Trabalhista frente às gestantes e às lactantes. A metodologia aplicada foi baseada em pesquisas, doutrinas, artigos, princípios e decisões jurídicas que correlacionam o tema. Há diversos direitos já conquistados pelas mulheres, entretanto elas ainda continuam sendo vistas como parte frágil da sociedade. Porém, nesse sentido, analisar-se-á, na Constituição Federal Brasileira de 1988, a existência de direitos das mulheres já garantidos, como direitos fundamentais e sociais. Será relatada a alteração da lei com ênfase no artigo 394-A, o qual dispõe a apresentação de atestado médico por parte da gestante e lactante em atividades insalubres. Conclui-se com a pesquisa que as alterações foram desfavoráveis para as empregadas, pois mesmo que elas apresentem o laudo, nada comprova que o local insalubre não fará mal ao bebê. Desse modo, a Reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas poderia acarretar na negação da figura feminina no mercado trabalhista, ferindo o princípio da proibição do retrocesso social.

Palavras-chave: Reforma. Gestante. Lactante. Insalubridade.

ABSTRACT: The article is an important reference for society, making a confrontation between its rights and guarantees. The research will bring women to the present day in the job market, analyzing the changes of the Labor Reform with the pregnant and lactating women. Methodology was based on research, articles, principles and legal rights that correlate the theme. Among women already conquered by women, although they continue to be seen as part of society.

However, in this sense, to analyze, in the Brazilian Federal Constitution of 1988, the existence of women's rights already guaranteed, as fundamental and social rights. The law on role change with emphasis on article 394-A, which provides for the presentation of a medical certificate by pregnant women and nursing mothers in unhealthy activities. It concludes with a survey that the changes were unfavorable to the employees, because even if they are present in the report, nothing proves that the unhealthy local is not as bad as the baby. Thus, the Reform of the Consolidation of Labor Days could be a factor in the denial of the female figure in the labor market, celebrating the principle of the prohibition of social regression.

Keywords: Reform. Pregnant. Lactant. Unhealthiness.

Sumário: 1. Introdução; 2. Direito do Trabalho; 3. Marcos do Direito da Mulher: 3.1 Dia da mulher; 3.2 As conquistas da mulher no mercado de trabalho; 3.3 As mudanças na CLT para a lactante. 4 Princípio da Proibição do Retrocesso Social: 4.1 Aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social; 4.2 Aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no STF; 4.3 Cautelar STJ ADI nº 5938. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Foi publicada, no dia 13 de julho de 2017, a lei que Reforma a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), entrando em vigor 120 dias após a sua publicação, isto é, passando a ter vigência no dia 11 de novembro de 2017. A Reforma ocasionou em mais de 100 alterações, incluindo nos direitos da empregada grávida ou lactante.

Este artigo relata a luta e as manifestações históricas feitas para que, hoje, as mulheres garantissem seu papel no mercado de trabalho, bem como o transtorno das mudanças trazidas no artigo 394-A, deixando claro como foi prejudicial a elas as alterações da CLT.

O objetivo da pesquisa é mostrar a luta e o sofrimento das mulheres, desde os tempos passados até a atual época, na busca de igualdade salarial, horários de

serviços dignos e reconhecimento da mão de obra, pautas que entraram em confronto com a Reforma de 2017. As alterações trazidas pelo legislador deveriam resultar em segurança e melhorias para as partes vulneráveis em uma relação jurídica, já que o Direito em si luta pela justiça e igualdade de forma legal. Entretanto, nem sempre é isso que acontece: em muitos dos casos, as modificações feitas pelo legislador vêm até para tirar os direitos que um dia foram garantidos a grupos desamparados. É o caso do artigo 394-A, de forma a indicar o retrocesso da lei.

Em um primeiro momento, o artigo conceitua o Direito do Trabalho, modo que auxilia os legentes a entenderem a legislação trabalhista.

Em seguida, enfatiza a vivência e a luta das mulheres na sociedade perante a difícil realidade de sair de um lar para prestar serviços fora dele, o que resultou em conquistas e direitos trabalhistas. Serão relatados alguns fatos ocorridos na época que contribuíram para que esses direitos das mulheres fossem alcançados, tais como suas manifestações e sofrimentos.

Serão debatidos os direitos das gestantes e lactantes, elucidando o confronto ocasionado pelas mudanças pleiteadas na Reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas em 2017. As mudanças e os prejuízos causados pela imprudência do legislador também serão mencionadas, já que poderiam ocasionar novamente em um bloqueio da mulher no mercado de trabalho, resultando um retrocesso social.

Finalmente, em uma última análise, encontra-se a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) diante do tema. Conclui-se que a Reforma veio de modo a desfavorecer a mulher no mercado de trabalho, tornando sua situação mais frágil do que já é.

2 DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho, como o nome sugere, é o ramo do Direito que regula as relações que envolvem o trabalho do indivíduo. Ele engloba o conjunto de

normas jurídicas que assegura o cumprimento de obrigações pelas pessoas envolvidas em uma relação laboral.

Segundo as Consolidações das Leis Trabalhistas, o Direito do Trabalho é definido por conjuntos de princípios cujas principais funções são instrutivas, interpretativas e normativas. Rodolfo Turolla (2017, p. 2) desenvolve esses conceitos em seu artigo:

Instrutiva: função de nortear o legislador para que este proponha leis que estejam alinhadas com os valores defendidos pelos princípios. Estas propostas devem sempre estar em concordância com os princípios constitucionais, além dos propostos em cada ramo do direito.

Interpretativa: auxiliar diretamente os aplicadores do direito e a magistratura no momento de tomar decisões em relação aos processos da justiça do trabalho.

Normativa (Integrativa – art. 8º, CLT) – os princípios também têm uma função integrativa. Isso significa que eles servem para preencher uma suposta lacuna em situação que não está prevista em lei. Nestes casos, pode-se usar um princípio para dar base à decisão do Judiciário.

Tais funções têm como objetivo conduzir a validade dos princípios em casos concretos, auxiliando o judiciário ao garantir eficácia por meio de sua aplicação nos processos trabalhistas, e também servindo de amparo quando a lei for omissa.

Além disso, essa esfera é regida por regras que vinculam uma relação de subordinação entre empregado e empregador, visando sempre a melhoria das condições de trabalho aos prestadores de serviço.

Para o doutrinador Sergio Pinto Martins (2007, p. 3), Direito do Trabalho:

[...] é o conjunto de princípios, regras e instituições atinente à relação de trabalho subordinado e situações análogas,

visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que são destinadas.

Mauricio Goldinho Delgado (2005, p. 5), em seu curso de Direito, entende que conceituar esse ramo pode ser algo muito extenso, e relata em um de seus parágrafos:

O Direito do Trabalho é ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea. Seu estudo deve iniciar-se pela apresentação de suas características essenciais, permitindo ao analista uma imediata visualização de seus contornos próprios mais destacados.

O Direito do Trabalho, como citado, é regido por normas, regras e, inclusive, princípios que asseguram o empregado. Conseqüentemente, seu objeto é o trabalho subordinado. A Consolidação das Leis Trabalhistas é uma asseguradora que trata do trabalhador que se enquadra em tal condição, sendo este a pessoa que presta serviços ao empregador.

O Direito do Trabalho se aplica tanto ao Direito Individual quanto ao Direito Coletivo. O Direito Individual é aquele que cuida dos princípios e regras jurídicas que zelam pelas relações empregatícias e as relações de trabalho individualizadas. Já o Direito Coletivo tem como escopo proteger as relações coletivas, tal como os acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho.

Uma das finalidades do legislador é a melhoraria nas condições de trabalho dos labutadores, proporcionando um ambiente salubre, com um salário que possa lhes trazer uma vida digna e que os capacite a desenvolver seu papel social.

Para que a lei seja cumprida corretamente, o Direito do Trabalho tem um princípio de suma importância que se aplica nas relações entre subordinado e subordinador, sendo ele o princípio da proteção. Juris Blog (2018, p. 6) expõe sobre tal conceito:

O princípio da proteção é o principal princípio orientador do Direito do Trabalho. Como ressaltado anteriormente, a relação formada entre patrão e trabalhador é desigual, na medida em que este está necessariamente subordinado àquele. O direito do trabalho, portanto, visa sanar essa desigualdade ao conferir algumas garantias ao empregado, que é a parte hipossuficiente desta relação.

Desse modo, o Direito do Trabalho tem como base o princípio à proteção, enquanto o Direito Privado defende o princípio da igualdade jurídica. Diante desse fato, ele será sempre aplicado de modo a favorecer o trabalhador e suas situações sociais.

3 MARCOS DO DIREITO DA MULHER

3.1 Dia da mulher

Para alguns, o dia 8 de março é dedicado a mandar flores e comemorar o dia internacional das mulheres. Mas, ao contrário do senso comum, essa data não se resume somente a rosas e homenagens.

Oficializado pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1975, o Dia Internacional da Mulher é celebrado no dia 8 de março com o intuito de homenagear as lutas por igualdade de direitos e respeito.

Segundo o site Agenda Capital (2019, p. 2), "O chamado 'Dia Internacional da Mulher' só foi oficializado em 1975, ano que a ONU intitulou de 'Ano Internacional da Mulher' para lembrar suas conquistas políticas e sociais". Porém, para que se chegasse no dia que hoje é comemorado, essa data passou por uma longa trajetória.

Foi no final do século XIX que começou a luta das mulheres por melhorias de condições de vida e trabalho. Na Europa e nos Estados Unidos ocorreram seus primeiros protestos contra as péssimas condições de trabalho às quais eram sujeitas, como jornadas de trabalho superiores a 15 horas diárias e salário indigno.

Conforme alguns registros históricos, foi nos Estados Unidos do início do século XX que se comemorou, no mês de maio, o primeiro Dia Internacional da Mulher, ocasião em que houve um ajuntamento de mulheres em favor da igualdade política e econômica. O site Calendarr (2017, p. 2) dispõe o seguinte sobre o ocorrido:

De acordo com registros históricos, o primeiro Dia da Mulher foi celebrado nos Estados Unidos em maio de 1908 (Dia Nacional da Mulher), onde mais de 1.500 mulheres se uniram em prol da igualdade política e econômica no país.

Essa não foi a primeira manifestação das mulheres pelos seus direitos. No decorrer da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) ocorreu uma série de protestos por todas as partes nos países que sofriam com a degradação que a guerra trouxe, assim fazendo com que a luta das mulheres, que já havia se iniciado, ganhasse força. Na Rússia, no dia 8 de março de 1917, aproximadamente 90 mil operárias saíram para a rua de São Petersburgo para lutar contra a fome, que se alastrava por todo o país, e as péssimas condições de trabalho.

O protesto das russas ocorreu no dia 23 de fevereiro no calendário russo e 8 de março no calendário gregoriano, que era utilizado oficialmente pela maioria. Esse protesto ficou conhecido como "Pão e Paz".

O Calendarr (2017, p. 3) relata o marco russo promovido pelas operárias:

No entanto, o 8 de março teve origem com as manifestações das mulheres russas por melhores condições de vida e trabalho, durante a Primeira Guerra Mundial (1917). A manifestação que contou com mais de 90 mil russas ficou conhecida como "Pão e Paz", sendo este o marco oficial para a escolha do Dia Internacional da Mulher no 8 de março, porém somente em 1921 que esta data foi oficializada.

Foi depois de tal fato marcante na história feminista que a comemoração da data foi oficializada em 1921. Contudo, a data foi reconhecida oficialmente pela

Organização das Nações Unidas somente no ano de 1975, remetendo ao dia em que ocorreu a tragédia na fábrica têxtil Cotton, de Nova York:

O Dia Internacional da Mulher Trabalhadora é considerado como uma jornada de luta feminista em todo o mundo em comemoração do dia 8 de Março de 1908, data em que as trabalhadoras da fábrica têxtil 'Cotton', de Nova York, declararam greve em protesto pelas condições insuportáveis de trabalho. Na sequência disso, ocuparam a fábrica e o patrão prendeu-as lá dentro, fechou todas as saídas, e incendiou a fábrica. Morreram queimadas as 129 trabalhadoras que estavam lá dentro. (SAL, 1981 *apud* A NOVA DEMOCRACIA, 2004).

A data é tida como uma conquista agri-doce para as mulheres, já que foi necessária uma tragédia para que o problema ganhasse notoriedade pública. Foi a morte de tantas vítimas que levou a união das mulheres a se intensificar em prol da diminuição de diferenças sociais e econômicas.

O dia 8 de março é de grande importância. Entretanto, mesmo com o ocorrido na história tantos anos atrás, até hoje o problema não foi resolvido. A desigualdade de gênero persiste, sendo as condições de trabalho ainda inferiores para as mulheres.

3.2 As conquistas da mulher no mercado de trabalho

A mulher esteve limitada dentro de um lar por décadas. A sociedade de anos passados determinava que o papel da mulher solteira fosse auxiliar sua mãe nos afazeres domésticos diários. Já à mulher casada eram incumbidos os cuidados com o lar, considerados dever da esposa juntamente com a criação dos filhos. Essa imagem era determinada à mulher pois, segundo a Bíblia, ela é a auxiliadora do homem. Perante o livro, a interpretação era de que o provimento e o sustento do lar eram obrigações do homem. Não havia direitos e garantias à mulher, portanto,

quando se tratava de trabalho, já que seu papel era primariamente doméstico e envolvia servir seu esposo constantemente.

Então, veio o período em que a mulher começou a ser inserida no mercado de trabalho, ainda assim com muita dificuldade e sem nenhuma segurança. Contudo, havia alguns fatores que inspiravam a opinião contrária do marido à troca dos serviços domésticos de sua esposa por aqueles fora do lar.

João Batista Pereira Pompeu (2004, p. 4) explica que um dos motivos era a subordinação hierárquica submissa da mulher ao ser contratada por alguém do sexo oposto:

Um desses fatores era o receio de que o contato com o sexo oposto viesse a tirar o recato feminino desejado para a época, isso sem falarmos no fato de que certos patrões, em virtude da grande concorrência pelas vagas existentes, só davam ocupação em troca de certas regalias. A situação do mercado da época favorecia os inescrupulosos, permitindo-lhes fazer este tipo de seleção ao qual, infelizmente, por motivos diversos, algumas cediam.

Um tempo depois, o legislador começou a dar importância maior para esse fato, assegurando o direito das mulheres fora dos lares. No entanto, se por um lado a mulher passava a possuir alguma segurança, por outro estava sujeita a algumas restrições, ficando impedida de exercer o trabalho noturno em lugares insalubres e perigosos.

Greisy Rochadel (2007, p. 2) aponta que:

Surge na Inglaterra o “Coal Mining Act”, em 1842, que proibia o trabalho da mulher em subterrâneos. Depois o “Factory Act”, em 1844, que limitou a jornada de trabalho da mulher a 12 horas de trabalho, proibindo-a no período noturno. O “Factory and Workshop Act”, em 1878, vedou o emprego da mulher em trabalhos perigosos e insalubres.

No século XIX, com a atenção do legislador voltada para as mulheres, assim como a expansão da tecnologia e o crescimento maquinário, que transformariam os modos de produção, e a organização das feministas, uma parcela da mão de obra feminina começou a ser transferida para as fábricas. Foi esse movimento que começou a ocasionar a demanda por leis que beneficiassem as empregadas. Ficou então acordado, na Constituição de 1932, o estabelecimento de garantias que asseguravam salários iguais e os primeiros direitos das mulheres gestantes.

Carolina Fragoso (2017 p. 2) comenta sobre os primeiros direitos das mulheres na Constituição de 1932:

Ficou estabelecido na Constituição de 32 que “sem distinção de sexo, a todo trabalho de igual valor correspondente salário igual; veda-se o trabalho feminino das 22 horas às 5 da manhã; é proibido o trabalho da mulher grávida durante o período de quatro semanas antes do parto e quatro semanas depois; é proibido despedir mulher grávida pelo simples fato da gravidez”.

A Constituição Federal de 1932 possuía alguns direitos dedicados às mulheres, porém ainda não poderia se falar em igualdade de gênero. Eram conquistas ainda de pequena escala, já que, na época, a mulher apenas passava a ser introduzida no mercado de mão de obra comercial.

Depois da luta das mulheres por igualdade por meio de manifestações em todo o território que, em 1988, com o surgimento da nova Constituição Federal (CF), passou-se a tratar de forma igual homens e mulheres. O documento trazia o artigo 5º, segundo o qual todos são iguais perante a lei, tendo mulher e homem direitos e deveres iguais, sem distinção.

Fabício de Mota Alves (2018, p. 1) descreve, em matéria para a UFRGS, a igualdade de gênero trazida pela CF:

Na família - a mulher tem os mesmos direitos do marido ou companheiro, com relação às decisões que devem ser

tomadas referentes aos filhos e à família. Os trabalhos domésticos devem ser divididos entre ambos, de comum acordo. No trabalho - uma mulher não pode, como trabalhadora, receber menos que um homem, para fazer o mesmo trabalho.

Na sociedade - mulheres e homens devem ser tratados com igual respeito em qualquer situação e ambiente social.

Como visto acima, a Constituição Federal Brasileira de 1988 é um marco jurídico no que se refere à igualdade entre homens e mulheres na sociedade, pois foi nela que as mulheres conseguiram seus direitos, digamos, de forma justa. Além disso, com o intuito de completar o artigo 5º, a Constituição Federal traz o artigo 7º, que destina seus incisos XVIII e XX à figura feminina, exigindo a proteção da mulher no mercado de trabalho, proibindo a desigualdade salarial e banalizando o critério de admissão por gênero, cor ou estado civil. Portanto, não são mais impedidos às mulheres os deferimentos da jornada, os trabalhos perigosos, insalubres e noturnos ou a mão de obra em minerações, subsolos e construções, tal como delimitava o antigo texto da Consolidação das Leis do Trabalho.

3.3 As mudanças na CLT para a lactante

Desenvolvida em 1943 pelo presidente Getúlio Vargas, a Consolidação das Leis Trabalhistas, popularmente conhecida como CLT, dispõe sobre as relações trabalhistas e a criação do Direito Processual do Trabalho, tanto do trabalho urbano quanto do rural.

Júlio Zanluca (2018, p.1) expõe o seguinte sobre a Consolidação das Leis trabalhistas:

A CLT surgiu pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943, sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda legislação trabalhista existente no Brasil.

Seu principal objetivo é a regulamentação das relações individuais e coletivas do trabalho, nela previstas. A CLT é o resultado de 13 anos de trabalho - desde o início do Estado Novo até 1943 - de destacados juristas, que se empenharam em criar uma legislação trabalhista que atendesse à necessidade de proteção do trabalhador, dentro de um contexto de "estado regulamentador".

A Consolidação das Leis do Trabalho, cuja sigla é CLT, regulamenta as relações trabalhistas, tanto do trabalho urbano quanto do rural. Desde sua publicação já sofreu várias alterações, visando adaptar o texto às nuances da modernidade. Apesar disso, ela continua sendo o principal instrumento para regulamentar as relações de trabalho e proteger os trabalhadores.

A CLT veio de modo que trouxesse segurança aos trabalhadores ao desempenhar seu papel de garantir os direitos nela dispostos. Sem fazer distinção de espécie, a Consolidação conduz em seus artigos temas como jornada de trabalho, período descanso, férias, medicina do trabalho, proteção do trabalho da mulher, entre outros. Contudo, a CLT não fica isenta de mudanças, podendo sofrer alterações sempre que o legislador achar viável.

Foi votado o texto da Reforma Trabalhista no dia 26 de abril de 2017, na Câmara dos Deputados, onde procederia para votação do Senado Federal. Nessa etapa, haveria negociação entre empregadores e empregados sob o predomínio da Consolidação das Leis Trabalhistas, discutindo alguns direitos relacionados a insalubridade, jornada de trabalho, direitos das lactantes e os demais.

Porém, essa mudança passa somente a entrar em vigor a partir do dia 11 de novembro de 2017. Trata-se de um assunto que causou uma polêmica intensa, uma vez que possibilitou, sob a autorização expressa de um especialista, o trabalho de gestantes e lactantes em locais insalubres.

De acordo com o site da Segurança do Trabalho (2018, p. 1), compreende-se que “A insalubridade pode ser entendida como a exposição do trabalhador a determinados agentes físicos, químicos ou biológicos em circunstância que prejudica a saúde, e que por ventura possa existir nos ambientes de trabalhos”.

A CLT completa o conceito de insalubridade (CLT, p. 837, artigo 189):

Art.189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

A lei, em seu artigo 189 da CLT, relata o conceito de insalubridade, mas não estabelece em momento algum uma escala possível para mensurá-la. Deixa, assim, um vazio sobre o que poderia considerada insalubridade de grau máximo, médio ou mínimo.

No ano de 2016, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) foi modificada para proporcionar à gestante e à lactante o afastamento de serviços em lugares insalubres, ou, melhor dizendo, de ambientes que sejam capazes de trazer algum tipo de dano ou risco à saúde dela ou do feto/bebê.

Pretendendo colocar fim à qualquer dúvida, em 2016, a Lei 13.287 incluiu na CLT o artigo 394-A (8). O dispositivo estabelecia expressamente que a empregada grávida ou lactante deveria ser afastada de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, podendo exercer suas atividades apenas em local salubre. (TRIGUEIROS, 2019, p. 2)

A mudança de local de trabalho, nesse caso, deveria suceder de forma automática, sem ser necessário o laudo médico. Fica firmado pelo direito constitucional que a trabalhadora grávida ou lactante tem direito a um ambiente saudável ao exercer o serviço prestado.

Com a Reforma apresentada no Senado, passa a ser permitido o trabalho de gestantes e lactantes em lugares insalubres. Para o afastamento das gestantes de locais de insalubridade de grau médio e mínimo, exige-se agora na lei que a empregada apresente um documento médico que aprove seu afastamento. Já para a lactante, em qualquer grau de insalubridade, exige-se atestado, podendo o médico ser de sua livre escolha desde que conste no atestado a recomendação do afastamento. Caso a insalubridade for de grau máximo, não será permitido às grávidas exercerem atividade no local em questão, devendo ser trocadas de locais automaticamente pelo responsável da empresa.

Oclécio (2017, p. 1), em sua pesquisa, relata sobre o fato:

Segunda a nova lei, as mulheres grávidas deverão ser afastadas somente de locais insalubres de nível máximo. As lactantes poderão permanecer trabalhando em condições insalubres. Sua realocação dependerá de um atestado médico escolhido pela trabalhadora, solicitando o seu afastamento durante a gestação e/ou lactação. Ressalta-se que a mudança de local de trabalho não poderá causar prejuízo do salário, ou seja, não poderá ser retirado o valor correspondente ao percentual do adicional de insalubridade.

No caso supracitado, quando houver mulheres grávidas trabalhando em lugares insalubres de alto grau, fica de responsabilidade do chefe ou do patrão trocá-la de local de trabalho. Caso contrário, isso deve ser feito apenas quando houver atestado e recomendação fornecida por um médico. Expressamente não se admite a redução salarial das funcionárias, incluindo o adicional de insalubridade.

Caso a empresa não possua lugar salubre que se adeque à trabalhadora no momento, o responsável tem o dever de determinar o afastamento até que a tal possa voltar a exercer seu trabalho no lugar insalubre. Dessa maneira, mesmo estando a funcionária afastada, o empregador não poderá se ausentar de pagar seu salário e os demais adicionais.

Entretanto, o Presidente da República publicou a Medida Provisória (MP) nº 808 em 14 novembro de 2017, que diz:

Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro determina que toda Medida Provisória tem o dever de passar pela aprovação do Congresso Nacional, podendo sofrer pena de perda de validade. A medida não chegou nem a ser submetida sequer ao Congresso para aprovação, perdendo, assim, a sua validade a partir de 23 de abril de 2018, já que não foi convertida em lei.

Diante da Reforma Trabalhista, pode-se ver que a lei retroagiu: em vez de trazer melhorias para aquele que mais dela necessita, dificultou o cumprimento de seus direitos. Torna-se, assim, desfavorável para a empregada grávida e lactante. Mesmo que apresentado o laudo, nada diz que o grau de insalubridade daquele ambiente de trabalho não irá fazer mal à criança. Isso sem mencionar que nem mesmo a legislação define o que seria grau alto, médio ou mínimo de insalubridade, sendo a lei omissa nesse aspecto. Vai na direção oposta de sua função principal: entende-se que a lei é para os mais frágeis, aqueles que realmente necessitam dela, não aos que já estão seguros.

4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

4.1 Aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social

Como se sabe, a Constituição Federal é regida por regras e princípios denominados normas jurídicas. Cada norma exerce seu papel normativo, cujas regras descrevem fatos hipotéticos, devendo elas serem cumpridas. Porventura ocorra colisão de regras, somente será aplicada regra única; já no caso dos princípios, não há hierarquia entre eles, podendo ser aplicados mais de um para a resolução.

Os princípios constitucionais servem como meio de interpretação constitucional, podendo ser denominados como princípios explícitos e implícitos. Princípios explícitos são aqueles trazidos expressamente pela Constituição, enquanto para os implícitos não há previsão expressa. Embora não sejam expressos na Constituição Federal, é inquestionável a sua importância. É o caso do princípio da proibição de retrocesso social.

De acordo com Sarlet (2009, p. 1 *apud* CONTINENTINO, 2015 p. 2), entende-se por princípio da proibição de retrocesso social: “[...] toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”.

Considera-se, portanto, um direito constitucional aquele que limita o poder do legislador ao legislar, inclusive em se tratando de direitos sociais, cujo núcleo essencial são os direitos fundamentais.

A Constituição Federal traz em seu artigo 5º os direitos fundamentais: “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 [...]”.

Dessa forma, quando uma lei for criada ou modificada e seu posicionamento for contra os direitos fundamentais e sociais, ela é considerada inconstitucional, cabendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). A lei não pode, portanto, retroagir para prejudicar os direitos fundamentais trazidos pelo artigo 5º da Constituição.

4.2 Aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no STF

Como se sabe, o Superior Tribunal Federal (STF) é um órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete o dever de guardar a Constituição, como consta no artigo 102 da Constituição da República:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem por finalidade declarar inconstitucional ato normativo federal e estadual. Assim, será passível de controle de constitucionalidade pelo STF:

As emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, todas essas espécies normativas constantes do art. 59 da CF; os regulamentos autônomos; a legislação estadual, aqui incluídos a Constituição do Estado, a legislação ordinária e os regulamentos autônomos produzidos no âmbito de cada uma dessas entidades federativas; a legislação distrital, editada no exercício da competência legislativa estadual; e os tratados internacionais, tenham eles status de lei ordinária ou supra-legal, no caso de tratados internacionais sobre direitos humanos. (AKERMAN, 2012, p. 2)

Julga-se, dessa forma, que caberá ação direta de inconstitucionalidade em todas as leis que estão abaixo da Constituição segundo a pirâmide vertical de Hans Kelsen e que vão contra ela e seus princípios, inclusive o princípio da proibição do retrocesso social.

Uma das Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionada foi a ADI 5829, que colide com o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal. A ação foi proposta pelos representantes dos trabalhadores em empresas de telecomunicações Fenattel:

Federação representante dos trabalhadores em empresas de telecomunicações ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) ação contra os dispositivos da Reforma Trabalhista que

preveem o trabalho intermitente (descontínuo). Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5829, a Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas (Fenattel) aponta vários questionamentos quanto às regras inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei 13.467/2017 e pela Medida Provisória (MP) 808/2017, entre elas permitir remuneração abaixo do salário mínimo, violação ao princípio da isonomia e contrariedade à vedação ao retrocesso social. (Notícias STF, 2017, p. 1)

Verifica-se a inconstitucionalidade da norma, afrontando os direitos sociais explícitos no artigo 7º da CF, dessa maneira caracterizando o princípio do retrocesso que proíbe o legislador de diminuir, reduzir ou suprimir, mesmo que parcialmente, o direito social que já foi materializado no âmbito legislativo.

4.3 Cautelar STJ ADI nº 5938

Como se sabe, para a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, exige-se legitimidade. O artigo 103, inciso I a IX da Constituição Federal de 1988, descreve quem são os legítimos para propor uma ADI. A lista inclui a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, entre outros. Já a competência para processar e julgar cabe apenas aos Ministros do STF.

No dia 30 de abril de 2019, o Ministro do STF, Alexandre de Moraes, admitiu a cautelar proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 5938, que dispõe sobre a anulação dos incisos II e III do artigo 394-A trazidos pela Reforma.

A entidade alegou confronto da norma frente à Constituição nos direitos da gestante e sua saúde, assim como a do nascituro: “Tal permissão legal, segundo a entidade, afronta a proteção que a Constituição Federal atribui à maternidade, à

gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado” (PAIXÃO, 2019, p. 2).

O Ministro Alexandre Moraes consentiu a liminar com base no artigo 6º da CF. Fundamenta o ministro que a proteção das gestantes e lactantes em desempenhar serviços em lugares insalubres se caracteriza como direito social, já que atua protegendo tanto a mãe quanto o bebê, tendo em vista um direito de dupla titularidade.

A liminar foi concedida em face do requisito do *Fumus Boni Iuris e Periculum in mora*. Ele indica que esses requisitos se destinam à confirmação do direito de quem está pedindo e o perigo da demora envolvida no processo, pois se a liminar não for julgada com agilidade, o caso poderá acarretar em problemas futuros, possivelmente irreparáveis.

Foi concedida pelo Ministro Moraes a suspensão dos incisos II e III do artigo 394-A CLT (ADI 5938, 2019, p. 9):

CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, para suspender a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017.

Como é possível verificar, a cautelar suspendeu o atestado de saúde, no qual trazia o artigo 394-A e, em seus incisos, a necessidade de apresentação de atestado médico para o afastamento nos graus exigidos pela Reforma Trabalhista.

4.4 Decisão de mérito

Depois da cautelar concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes, que suspendia trecho da lei no dia 29 de maio de 2019, volta a discussão em plenário do STF para pronunciar sobre o mérito da Ação de Inconstitucionalidade nº 5938.

O voto foi dado pelos Ministros, e o resultado foi de aprovação pela maioria, com resultado final de dez votos a um. O Ministro Marco Aurélio foi o único a divergir com os demais, alegando que não ocorreria um afronto à Constituição: “Com que preceito conflitam esses dispositivos? A proteção prevista na CF está preservada. Aqui não se discute o direito à licença. Se cogita, tão somente, a necessidade de apresentar um atestado médico” (SCHUQUEL, 2019, p.1).

Moraes fundamentou, no mérito além dos dispositivos da cautelar, a violação ao princípio do retrocesso social, o que configuraria uma retroatividade da lei.

Além do mais, não caracterizaria o argumento *Ad Terrorem*, declarando que a inconstitucionalidade da norma poderia trazer a negatização da figura feminina no mercado de trabalho, uma vez que a Constituição Federal de 1988 assegura à mulher, em seu artigo 7º, inciso XX, a sua proteção ao trabalho, inclusive com relação a incentivos específicos.

Pela maioria dos votos vencidos, o mérito teve o mesmo fundamento que a cautelar, desse modo confirmando a inconstitucionalidade da norma e a proibição do trabalho insalubre pela grávida e a lactante.

5 CONCLUSÃO

Com base nos resultados da pesquisa, nota-se que com a Reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas, a Medida Provisória, a volta da Reforma pela não aprovação da MP e a Decisão do STF houve vidas prejudicadas até que se chegasse na decisão de mérito. Imprudências do legislador ocasionaram em danos irreparáveis nesse meio tempo, tanto à vida da mãe quanto da criança. O legislador, ao editar o artigo 394-A, deixou uma lacuna, nem ele mesmo sabendo definir o que seria insalubridade de grau alto, médio e mínimo.

Entende-se que o objetivo do legislador era um aperfeiçoamento da Reforma para a CLT, a qual fundamentou o mesmo processo nos países subdesenvolvidos. Na realidade do Brasil, não seria possível implantar algo semelhante, já que a realidade do país é muito distinta. A CLT foi feita para dar segurança ao trabalhador, pessoa vulnerável nas relações de trabalho. Com a Reforma, ocorreu uma

degradação dos direitos que já eram assegurados. Dessa maneira, a modificação, apesar de atingir todos os empregadores, atingiu em especial as mulheres, causando um retrocesso nas conquistas das lutas feministas.

Além do mais, a alteração do artigo 394-A vai contra a Constituição, pois feriu o princípio da proibição do retrocesso social. Mesmo não estando ele expresso na Constituição, ainda assim é de suma importância e deve ser respeitado. A inconstitucionalidade da norma perante a qual o STF se posicionou não traz a negação da mulher no mercado de trabalho. Porém, caso a norma continuasse como a Reforma a introduziu, ela poderia, sim, trazer um impacto grande. Afinal, se nem mesmo a Constituição, que é a supremacia de todas as leis, estava sendo respeitada, não é de se surpreender que o mesmo ocorra com a igualdade de gênero em meio à contratação.

REFERÊNCIAS

A NOVA DEMOCRACIA. **8 de março, o verdadeiro Dia Internacional da Mulher Proletária!** Disponível em <https://anovademocracia.com.br/no-17/883-8-de-marco-o-verdadeiro-dia-internacional-da-mulher-proletaria>. Acesso em: 26 nov. 2018.

ACHUQUEL, Thayna. **STF decide proteger gestantes e lactantes de atividades insalubres.** Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/justica/stf-decide-protoger-gestantes-e-lactantes-de-atividades-insalubres>. Acesso em: 28 jul. 2019.

ADI 5938. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938 Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5938EmentaeVOTO.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

ADI 5938. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938 Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5938decisoliminarMin.AlexandredeMoraesem30.4.19.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

AGENDA CAPITAL. **Dia Internacional da Mulher: Uma data histórica que deve sim ser celebrada.** Disponível em <http://agendacapital.com.br/dia-internacional-da-mulher-uma-data-historica-que-deve-sim-ser-celebrada/>. Acesso em: 01 jul. 2019.

AKERMAN, William. **Ação direta de inconstitucionalidade: principais aspectos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20894/acao-direta-de-inconstitucionalidade-principais-aspectos>. Acesso em: 22 jul. 2019.

ASSUNÇÃO, Oclécio. Reforma Trabalhista: Gestantes. Disponível em: <http://www.acritica.net/mais/opiniao-dos-leitores/reforma-trabalhista-gestantes/229642/>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BALOGH, Giovanna. Reforma trabalhista: **O que muda para as gestantes e as mães.**

Disponível em: <http://www.maesdepeito.com.br/reforma-trabalhista-o-que-muda-para-gestantes-e-para-as-maes/>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BARRETO, Gabriella Pereira. **A evolução histórica do direito das mulheres.** Disponível em: <https://gabipbarreto.jusbrasil.com.br/artigos/395863079/a-evolucao-historica-do-direito-das-mulheres>. Acesso em 16 abr. 2018.

BLOG SEGURANÇA DO TRABALHO. O que é insalubridade. Disponível em: <https://www.blogsegurancadotrabalho.com.br/2013/09/o-que-e-insalubridade.html>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CALENDARR. **Dia Internacional da Mulher - 8 de Março.** Disponível em: <https://www.calendarr.com/brasil/dia-da-mulher/>. Acesso em: 14 nov. 2018.

CONCEITOS. **Conceito de Direito do Trabalho.** Disponível em: <https://conceito.de/direito-do-trabalho>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015->

abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf. Acesso em: 23 jul. 2019.

CRUZ, Samarah Gonçalves. **Gestante lactante no contexto da reforma trabalhista.** Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270865,51045->

Gestante+e+lactante+no+contexto+da+Reforma+Trabalhista. Acesso em: 19 abr. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 4ª ed. São Paulo, LTr, 200.

É PORQUE. Por Que se Comemora o Dia da Mulher? Disponível em: <http://www.eporque.com.br/por-que-se-comemora-o-dia-da-mulher/>. Acesso em: 14 nov. 2018.

FATOLIA, Michele Paccione. **Mulher- Conceito, o que é, significado.** Disponível em: <https://conceitos.com/mulher/>. Acesso em: 16 abr. 2018.

FRAGOSO, Carolina. A Evolução da Mulher no Mercado de Trabalho. Disponível em: <https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/a-evolucao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 25 nov. 2018.

GAUCHAZH, Política. Reforma Trabalhista: Como fica a situação de grávidas e lactantes após MP de ajustes. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/11/reforma-trabalhista-como-fica-a-situacao-de-gravidas-e-lactantes-apos-mp-de-ajustes-cja2hbex003g901tbrbv1arfk.html>. Acesso em: 19 abr. 2018.

JUSBRASIL. Art. 394A Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto Lei 5452/43. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/108784009/artigo-394a-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>. Acesso em: 26 nov. 2018.

KAROLINE, Ana. **O papel da mulher na sociedade.** Disponível em: <http://obviousmag.org/amarse/2015/o-papel-da-mulher-na-sociedade.html>. Acesso em 16 abr. 2018.

KATIUSCA, Lilian. Implicações da Reforma Trabalhista sobre normas de proteção ao trabalho da mulher. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/implicacoes-da-reforma-trabalhista-sobre-normas-de-protecao-ao-trabalho-da-mulher-15022018>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT. 11 ed. São Paulo, Atlas, 2007.

MENEZES, Renata. O que muda para as gestantes mães e lactantes com a proposta da Reforma Trabalhista. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Familia/Maes-e-Trabalho/noticia/2017/04/o-que-muda-para-maes-gestantes-e-lactantes-com-proposta-da-reforma-trabalhista.html>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MOTTA Fabrício Alves. **A Mulher e o Código Civil**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/direitos.php>. Acesso em: 19 abr. 2018.

NOTÍCIAS STF. **Nova ADI questiona trabalho intermitente instituído pela Reforma Trabalhista**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363898>. Acesso em: 23 jul. 2019.

PAIXÃO, Ana Helena. **STF suspende norma que autorizava atividades insalubres para grávidas**. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/justica/stf-suspende-norma-que-autorizava-atividades-insalubres-para-gravidas>. Acesso em: 28 jul. 2019.

PLANALTO. **Constituição Brasileira da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2019.

POMPEU, João Batista Pereira. **Direito da mulher**. Disponível em: https://joaopompeu.jusbrasil.com.br/artigos/114845394/o-direito-da-mulher?ref=topic_feed. Acesso em: 24 abr. 2018.

ROCHADEL, Greicy Mandelli Moreira. **História do trabalho da mulher**. Disponível em: <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3898.

Acesso em: 25 nov. 2018.

TRIGUEIROS, Marcelo. **Trabalho insalubre durante a gravidez e lactação: da permissão pela Reforma Trabalhista à proibição pelo STF**. Disponível em: <https://mtrigueiros.jusbrasil.com.br/artigos/718244981/trabalho-insalubre-durante-a-gravidez-e-lactacao-da-permissao-pela-reforma-trabalhista-a-proibicao-pelo-stf?ref=serp>. Acesso em: 02 jul. 2019.

TUROLLA, Rodolfo. **6 Princípios do direito do trabalho**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/principios-do-direito-do-trabalho/>. Acesso em: 26 nov. 2018.

ZANLUCA, Júlio César. **A Consolidação Das Leis Do Trabalho – Clt**. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/clt.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

NOTAS:

[1] Orientadora, advogada, professora, mestre em Direito do Trabalho, coordenadoriadedireito@hotmail.com.

1 Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP para obtenção do título de bacharel em Direito.

O JUIZ DE GARANTIAS PL 156/09

Anieli Dos Santos Modernel, o autor: Bacharela em Direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande (2019). Pós Graduanda em Direito Penal e Processual Prático Contemporâneo em Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC/CEISC. Menstranda - Aluna Especial em Universidade Federal do Rio Grande - FURG - Justiça Social e Sistema Penal.

RESUMO: Este presente trabalho visa tratar de um tema controverso inserido no Projeto de Lei do Novo Código Penal, debateremos o Juiz de Garantias presente no Projeto de Lei nº 156/2009. O juiz das garantias terá como atribuição atuar na fase pré-processual sendo responsável pela celeridade processual e pelo zelo das garantias constitucionais do acusado. Diante disso, serão desenvolvidos os aspectos favoráveis apontados na Constituição Federal de 1988, assim sendo, os fundamentos que o legislador brasileiro se sustentou para a criação deste novo instituto forense. Para desenvolvermos este nosso estudo, será importante analisar como se desenvolve o sistema processual penal, visando o juiz, e as regras procedimentais e as garantias processuais penais que sofrem significativas alterações de acordo com o sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico. Posteriormente, discutiremos também os fundamentos que o legislador se sustentou, e que com a criação do instituto do Juiz de Garantias pelo ordenamento processual penal pátrio, este terá como uma de suas finalidades proporcionar aos acusados de cometimento de um delito o julgamento por um magistrado que produzirá o seu convencimento durante a persecução penal, não sendo influenciado e nem adstrito às provas produzidas na fase anterior, tendo em vista que nesta fase incumbirá ao Juiz de Garantias atuar em todos os atos necessários de uma sentença. Assim sendo, tende ao instituto dar efetividade ao direito individual do livre convencimento motivado do julgador. Ao final trataremos os aspectos controversos apontados por doutrinadores e suas opiniões acerca da criação pelo ordenamento jurídico da figura do juiz de garantias.

Palavras-chave: Garantismo Penal. Juiz das Garantias. PLS nº 156/09. Efetividade dos Princípios.

ABSTRACT: This paper aims to deal with a controversial topic inserted in the Bill of the New Penal Code, we will discuss the Judge of Guarantees present in Bill 156/2009. The judge of the guarantees will have as attribution to act in the pre-procedural phase being responsible for the speed of proceedings and for the zeal of the constitutional guarantees of the accused. In view of this, the favorable aspects pointed out in the Federal Constitution of 1988 will be developed, thus, the foundations that the Brazilian legislator sustained for the creation of this new forensic institute. In order to develop this study, it will be important to analyze how the criminal procedural system is developed, aiming at the judge, and the procedural rules and criminal procedural guarantees that undergo significant changes according to the procedural system adopted by the legal system. Subsequently, we will also discuss the grounds that the legislator underwent, and that with the creation of the Judge of Guarantees institute by the national criminal procedural order, it will have as one of its purposes to provide to the accused of committing an offense the judgment by a magistrate who will not be influenced or attached to the evidence produced in the previous phase, given that at this stage it will be incumbent upon the Judge of Guarantees to act in all the necessary acts of a sentence. Thus, it tends to the institute to give effect to the individual right of free conviction motivated by the judge. In the end, we will deal with the controversial aspects pointed out by doctrinaires and their opinions about the creation by the legal order of the figure of the judge of guarantees.

Keywords: Criminal guaranty. Judge of Guarantees. PLS nº 156/09. Effectiveness of Principles.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende realizar uma análise do Projeto de Lei 156/09. O Capítulo II, Título II, do Livro I, destacados nos termos dos artigos 14 a 17, o mesmo será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela

garantia dos direitos fundamentais do acusado, sendo sua proposta propor a inserção da figura do juiz das garantias.

Compreender acerca das características preponderantes do sistema processuais penais, acusatório e inquisitório, e sua importância ao projeto de lei. Analisar também a atuação do magistrado que deverá sempre prestar o respeito pela dignidade humana e a real necessidade de medidas limitadoras de direitos e garantias. Assim sendo, o juiz das garantias será o juiz da legalidade e dos direitos e garantias constitucionais no curso da investigação criminal.

Debater o Projeto de Lei nº. 156/2009 que irá instituir os princípios e direitos fundamentais, presentes na Constituição Federal, será que este trará uma concreta proteção aos direitos do investigado ou acusado? Caberá entender o sistema processual penal, os prós e contras da inserção do “Juiz das Garantias” e se este realmente atenderá aos anseios sociais, efetividade e celeridade da persecução penal? E a imparcialidade do magistrado perante o processo legal?

Discutir as principais inovações do Projeto de Lei nº 156/2009, o qual visa propor a inserção da figura do juiz das garantias, tendo como afim, preencher as necessidades jurídicas e sociais. Atentando-se ao sistema processual penal, sendo:

O sistema acusatório e a garantia individual incorporada constitucionalmente pelo legislador, o sistema inquisitivo, como característica: a aplicação de um simples ato processual. E a imparcialidade como atributo fundamental de um instrumento efetivador do “*jus puniendi*” estatal e protetor dos direitos e garantias fundamentais.

A metodologia utilizada para desenvolver o referido trabalho, será baseada em pesquisas sobre “O Juiz De Garantias” projetado pelo novo Código de Processo Penal, como também na leitura de alguns artigos escritos, e livros de especialistas na área, decisões que revelam a figura do magistrado possuindo a premissa sendo ele responsável à causa “sub judice” que lhe prejudicam na instrução criminal e sua imparcialidade no devido processo legal.

1. PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PL 156/09

O Projeto de Lei nº 156 de 2009, do novo Código de Processo Penal transitando na câmara dos deputados, têm o intuito de criar ao Juiz de Garantias

para atender as necessidades jurídicas e sociais, em consonância com os direitos e garantias elencadas na Constituição Federal.

Cabe, portanto, compreender o juiz das garantias que terá como atribuição atuar na fase pré-processual sendo responsável, pelo controle da legalidade e zelo dos direitos fundamentais do cidadão. Como expõe o *caput* do artigo 14 do PL: “Responsável pelo controle da legalidade da investigação e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder”.

A comissão de juristas responsável pelo anteprojeto de novo CPP, justifica a criação da figura do Juiz das Garantias no processo penal brasileiro da seguinte maneira:

Estudar a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de

convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação (anteprojeto do novo CPP, 2009, p. 16).

Cabe destacar que há discussões acerca do anteprojeto, o juiz não pode atribuir ao réu a iniciativa probatória, segundo tais artigos do referido anteprojeto: Art. 4º – O juiz não pode requisitar a instauração de inquérito policial e Art. 20º; o juiz pode julgar de acordo com seu entendimento. O juiz de garantias é na maior parte das previsões do anteprojeto – incompatível com o sistema acusatório, visto que de ofício ele pode determinar o preso quando querendo, também pode prorrogar a prisão provisória ou a revogar, também oficial órgãos de praxe para fornecer documentos, laudos e demais informações pertinentes.

Ao anteprojeto do Código de Processo Penal, percebe-se que à anunciada acusatória, referenciando ao Ministério Público como parte. Portanto, seria atribuir a órgãos diferentes as tarefas de acusação e julgamento, e até mais importante do que evitar que o juiz atue também na fase de investigação, é trabalhar o grau de legitimidade do provimento jurisdicional. E se destaca duas formas: a) Pela exigência de que o provimento seja efetivamente influenciado pela argumentação dos interessados, sendo assim, cláusula do contraditório como garantia de influência. b) Pela necessidade de que a decisão seja compatível, de modo substancial, com a Constituição, sendo que a decisão deverá ser e estar integrada no Direito.

1.1. A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O atual Código de Processo Penal, Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, é anterior ao fim da Segunda Guerra e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização. O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal. A lembrança da antiguidade da lei mostra que o modelo de persecução penal nela estabelecido está mais do que ultrapassado. Embora o Código de Processo Penal tenha sido alterado mais de trinta vezes e a Constituição de 1988 tenha conferido novo enfoque a muitos dos seus dispositivos, concretizando o contraditório no desenrolar procedimental, é importante a edição de novo regramento. O estatuto processual que regulamenta

a forma como o poder de punir é exercido visando às etapas de apuração da infração penal e materialidade, sendo responsável o Estado Democrático de Direito o dever de assegurar a devida prestação jurisdicional.

Assim sendo, em março de 2008 foi aprovado pelo Plenário do Senado o requerimento feito pelo Senador Renato Casagrande propondo que uma comissão de juristas elaborasse um anteprojeto de Código de Processo Penal. Igualmente, com base no anteprojeto apresentado o José Sarney, elaborou o (PLS) – Projeto de Lei nº 156/09. O projeto deu-se início no ano de 2010, organizado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, onde foi relatado e foram apresentadas emendas por parte dos Senadores. Este foi um breve relato do referido projeto de lei.

1.2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO JUÍZO DE GARANTIAS

Para fundamentar acerca deste tema devemos analisar a compreensão das características preponderantes do sistema processuais penais. Cabe assim, ressaltar que a persecução penal se trata da ação penal é regida por um conjunto de regras e princípios posto pelo "*jus puniendi*", o Estado.

1.2.1. A garantia aos direitos individuais

A Constituição Federal destaca em seu dispositivo 5º, Os direitos e garantias individuais que são consagrados como direito fundamental, visto que este dispositivo constitucional é considerado cláusula pétrea, não podendo esses direitos e garantias a serem restringidos em hipótese alguma pelo poder constituinte derivados, salvo as restrições já propriamente previstas pelo legislador originário.

Cabe observar a proposta pelo PLS 156/09 para este projeto jurídico que é o juiz de garantias, tendo em vista o papel do magistrado sendo garantidor, assegurando os direitos individuais previstos no artigo acima.

Destaca-se, por tanto, que todos os direitos individuais presentes na Constituição da República, estão relacionados diretamente com o ordenamento penal e que passaremos agora a especificá-los.

1.2.2. Princípios constitucionais aplicados no processo penal

Serão citados alguns princípios constitucionais afetos ao inquérito policial e persecução penal, uma vez que é por meio deles que a interpretação e a aplicação das leis devem ser fixadas.

a) Da dignidade da pessoa humana

Este é um dos princípios norteadores do direito dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III, da Carta Magna, o qual, dada sua relevância, foi inserido no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988.

Para Guilherme Madeira “A dignidade da pessoa humana consiste em que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para consecução de resultados, não possuindo preço”.^[1]

Há que se destacar dois aspectos sobre o princípio em tela: um objetivo e outro subjetivo. O primeiro constitui a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, suprindo suas necessidades fundamentais. E segundo, caracteriza-se pelo sentimento de respeitabilidade e auto estima inerentes ao ser humano, cuja titularidade não cabe renúncia ou desistência, sendo Nucci.^[2]

Estes direitos fundamentais possuem a finalidade justamente de proteger a dignidade do ser humano, promovendo condições dignas de subsistência a todos aqueles que vivem sob um regime jurídico de direito democrático e justo.

Vamos conceituar a “dignidade da pessoa humana”. Dentre as definições mais completas está a de José Afonso da Silva seguidor de Immanuel Kant, que aduz:

(...) a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.

(...) porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica

e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, por que está na base de toda a vida nacional.[3]

b) Do devido processo legal

Destacam-se tais conceitos acerca do referido princípio:

O princípio está previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual assegura que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".^[4]

Segundo o doutrinador José Herval Sampaio Júnior:

(...) esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador, porquanto "deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão", não havendo lugar para a interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem da cláusula "*due process of Law*".^[5]

Como demonstrado em tela, o devido processo legal deve ser analisado de duas formas: a primeira, processual, a qual assegura a tutela de bens jurídicos por intermédio do procedimento; a segunda, material, exige, na seara da aplicação e da elaboração normativa, uma atuação essencialmente adequada, correta, e razoável.^[6]

Em vista disso, destaca-se a priori do procedimento tipificado, com a observância das formalidades legais, sem a supressão de atos de suma importância.

Os doutrinadores, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] O princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o "*Fair Trial*", não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça.^[7]

Desse modo, em que pese o inquérito policial possui natureza inquisitorial, no que concernem os princípios do devido processo legal, sendo adotadas diversas medidas que refletem nas liberdades individuais do indivíduo.

c) Do direito de defesa

Este princípio cabe destacar a assistência técnica patrocinada por advogado, cuja constituição, em sede de inquérito policial, não é eficaz, como deveria ser.

Divide-se em defesa pessoal positiva e negativa "*Nemo tenetur se detegere*". Aquela se faz presente na possibilidade do investigado agir pessoalmente exercitando a própria defesa.

Nesse contexto, Aury Lopes Júnior, aduz:

"O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão –, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa".

Assim sendo o segundo modelo de defesa a negativa, aduz o ilustre processualista:

Ao lado deste *atuar* que supõe o interrogatório, também é possível uma completa omissão, um atuar negativo, através do qual o imputado se nega a declarar. Não só pode se negar a declarar, como também pode se negar a dar a mínima contribuição para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação, como ocorre nas intervenções corporais, reconstituição do fato, fornecer material escrito para a realização do exame grafotécnico etc.¹⁸¹

Desse modo, o silêncio do indiciado ou a sua não contribuição para a atividade investigatória, não pode ser interpretado em seu prejuízo, deste modo contrariando o acusado sendo assim, não ocorrerá nenhuma presunção de culpabilidade.

d) Da presunção de inocência

Em suma como último princípio, aduzo o artigo XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem que diz que todo homem acusado de um ato

delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Ainda, cabe destacar à Carta Magna que estabelece expressamente, destarte o art. 5, LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Assim, considerar determinada pessoa como autora de um crime somente se torna possível após a sentença penal condenatória transitada em julgado. A propósito, a doutrina divide o princípio em análise em três dimensões: como regras de julgamento, de processo e de tratamento.^[9]

Conforme menciona Renato Brasileiro de Lima:

Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado. ^[10]

Desse modo cabe enfatizar, que tal ato de indiciamento não pode ser automático ou arbitrário por parte da autoridade de polícia, somente devendo ocorrer quando pertinente, sendo na coleta de indícios contundentes de autoria e de materialidade e demais atos de autoridade referida.

Art. 406 do Projeto de Lei nº. 156/09 – A sentença conterá: I – ... II – a exposição da acusação e da defesa [retirar a palavra sucinta; III – a indicação detalhada dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, aí incluídas, expressamente, respostas a todas as alegações relevantes dos sujeitos processuais, vedada a utilização de fundamentos que não tenham sido submetidos ao espaço público processual. IV – a indicação dos artigos dos dispositivos normativos aplicados... V – ...VI – ... Nessa mesma linha, sugiro o acréscimo

de um parágrafo único ao art. 504 do anteprojeto, levando também para o segundo grau os elementos conformadores de um processo penal assentado no contraditório: Art. 504. (...) Parágrafo único. O acórdão conterà os requisitos da sentença.

Se o processo penal contiver os referidos princípios, teríamos um selo pelo devido processo legal. Sendo, que se o Direito Penal e Processual Penal queiram seguir uma concepção moderna de ritualística processual, estando em acordo com o avanço tecnológico que está acontecendo no Poder Judiciário e também valorizando os direitos individuais presentes na Constituição Federal, zelando pelos princípios acima referidos, torna-se indispensável à elaboração/efetivação do Código de Processo Penal previsto no PLS 156/2009, uma vez que este novo código de processo penal tem como finalidade dar efetividade aos direitos individuais de todas as pessoas no curso de um processo penal.

1.3. OS SISTEMAS DE PERSECUÇÃO PENAL

A função dos sujeitos no processo penal, sendo o aqui tratado o juiz, as regras procedimentais e as garantias processuais penais sofrem significativas alterações de acordo com o sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico, sendo o atual, o sistema acusatório, segundo Simone Schreiber, a Constituição de 1988 consagrou o sistema processual penal acusatório, "não só no art. 129, I, mas também como corolário da cláusula do "dueprocessoflaw".¹¹¹

No sistema processual brasileiro atual, o magistrado que atua na fase de inquérito policial está prevento para atuar na ação penal, uma vez que, será o mesmo juiz que proferirá a sentença.

Destaca-se o artigo 75, parágrafo único, e 83 do atual Código de Processo Penal, aduz:

Da competência por distribuição

A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente. Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da

decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal. (grifou-se).

Da competência por prevenção

Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa. (grifou-se).[12]

Acerca desta matéria, destacam-se as doutrinas de: Tourinho Filho, a respeito destaca a ampla defesa e o contraditório no sistema processual: "O processo de tipo inquisitório é a antítese do acusatório. Não há o contraditório, e por isso mesmo inexistem as regras de igualdade e liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontra-se numa só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito".^[13]

1.3.1. Desconstrução do sistema processual penal misto

A estrutura inquisitiva do processo penal pátrio. Por ora, é interessante destacar que o nosso CPP do ano 1941, teve como o "*Codice Rocco*" da Itália, sendo do ano de 1930, de base inquisitorial, que advém do "*CodeNapoleón*", da França do ano de 1808 que passou a ser chamado sistema misto. Esse sistema, que servia aos interesses políticos de Napoleão, sendo um sistema inquisitorial mesclado com elementos provenientes do sistema acusatório, principalmente a separação formal entre órgão da acusação e órgão jurisdicional.

Embora se tenha divergência entre doutrinadores majoritários, alguns doutrinadores como, NUCCI, "O sistema misto uniu elementos dois sistemas anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a

instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Por conseguinte, num primeiro estágio, no momento de instrução, sigiloso, escrito e sem contraditório, enquanto, na segunda fase de processo e julgamento” ^[14].

Em controvérsia para Aury Lopes Júnior, desconstrói esta figura do sistema mista, e aduz que esse dito como mistos é insuficiente, primeiro por não se enfrentar a questão de qual seria o princípio fundante do sistema, e segundo porque, esse núcleo não consiste simplesmente na separação inicial entre as atividades de acusar e julgar, como usualmente se defende.^[15]

1.3.2. O sistema processual penal acusatório

Destarte, cabe abordar o sistema acusatório no novo CPP, que define por sua vez, o doutrinador Lênio Luiz Streck: Discutir o ‘sistema acusatório’ é discutir paradigmas, e ainda:

[...] É possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um ‘dono da prova’; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o “*lócus*” onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado.^[16]

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal destacou, em diversas oportunidades, o modelo vigente seria o sistema acusatório. Nesse intuito, é o julgado:

No modelo acusatório adotado em nosso ordenamento processual penal, caracterizado pela publicidade, pelo contraditório, pela igualdade entre as partes e pela neutralidade do juiz, que não se confunde com o processo inquisitivo adotado alhures, quando o magistrado preside o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem

do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo por provocação, jamais de ofício. Não exterioriza qual juízo de valor dos fatos ou das questões de direito, emergentes nesta fase preliminar, que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. (STF, HC 92.893/ES, DJ02.10.2008, (grifos nossos).

Em que pese à divergência, é inegável o caráter garantista trazido pelo legislador de 1988, o que inclusive na elaboração de um novo diploma processual penal que o regule. Assim sendo propõe o PLS nº 156/09, no artigo 4º do referido projeto o legislador optou expressamente pela adoção do sistema acusatório.

Para encerrar a abordagem deste sistema acusatório, que se caracteriza essencialmente pela distinção entre as funções de acusar, de defender e de julgar, bem como pela existência de isonomia processual entre acusação e defesa, assegurando-se ao acusado o princípio do contraditório e a ampla defesa.

2. BENEFÍCIOS PRODUZIDOS AO ORDENAMENTO PENAL DECORRENTES DA CRIAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS

Cabe neste capítulo compreendermos a grandiosidade do debate sobre a importância deste instituto jurídico Penal.

Passaremos, então, a detalharmos os aspectos favoráveis ao PLS 156/2009 que cria a figura do juiz de garantias.

2.1. A MODERNIZAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Para a criação da figura do juiz de garantias, tem que haver a modernização do processo penal tendo dois âmbitos distintos, tanto de forma material, como também no avanço do pensamento jurídico, equiparando-se aos de países efetivamente constitucionais de direito, sendo: Itália, França e Espanha.

O processo de acoplamento da inserção tecnológica ao poder judiciário já acontece de forma acentuada por todo Brasil, sendo um processo irreversível, sendo a tendencioso, conforme temos centenas de Varas Judiciais por todo o Brasil totalmente informatizadas, e até mesmo a competências especializadas do poder judiciário, e a exemplo da justiça do trabalho, o qual o procedimento judicial é totalmente informatizado.

Assim, com o processo dando-se de forma eletrônica, inegavelmente já temos uma celeridade procedimental do que ocorre nos processos físicos e com isso os procedimentos penais com a criação do Juiz de Garantias que poderia gerar certa lentidão e até mesmo confusão em discernir a competência do juízo, principalmente ocasionaram a perda das peças. Uma vez, com o processo eletrônico se torna inviável, tendo em vista que os documentos são totalmente virtuais, sendo o traslado dos atos processuais de forma célere.

A segunda forma de modernização do processo penal que teremos com a criação do instituto do juiz de garantias, deve estar presente ao processo penal brasileiro que é o avanço no conceito, e a aplicação das normas constitucionais, e conseqüentemente no pensamento de respeito aos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal.

Para tanto, este tipo de modernização é o que alguns países europeus já tiveram a oportunidade de lograr e evoluir a este estágio e que o processo penal brasileiro necessita e assim for com a aprovação do referido projeto.

2.1.1. A imparcialidade do julgador

Cabe, portanto, neste item destacar a importância de selar-se pela vinculação direta do magistrado ao estudo do caso concreto, na fase de conhecimento da ação penal.

Avaliar a imparcialidade, como atributo fundamental jurisdicional do Estado. Assim sendo, caberia ao juiz de garantias, zelar por todos os atos processuais. Mas quanto à imparcialidade?

O doutrinador, Aury Lopes Jr. aduz:

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônimo de reparto. Segundo Werne R Goldschmidt, o termo parcial expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a imparcialidade do julgador constitui uma conseqüência lógica da adoção da

composição, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes. Já a parcialidade significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de um estar alheio aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de Jacinto Coutinho, não significa que ele está acima das partes, mas que está para além do interesse delas.^[17]

Destarte, a prevenção^[18] de um instituto de fixação da competência Jurisdicional para atuação no processo. Assim sendo, havendo dois ou mais magistrado com igual capacidade para atuar no processo, competente será aquele que tiver atuado no ato do processo ou de medida, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa- ação privada resulta isto, no primeiro magistrado a decidir a causa de mérito.

Em consonância, Eugênio Pacelli (ob. Cit., p. 62): "O juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação, realizada que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada, até então, a jurisdição. Somente quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o judiciário deveria - e deve - manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial de legalidade dos atos administrativos".^[19]

Deveria ocorrer a cisão dos magistrados que atuarão na primeira e segunda fase da persecução penal, ou seja, com a participação de dois juízes distintos, fará com que aquele que participar de qualquer ato na investigação criminal ficará impossibilitado de atuar na ação penal.

Portanto, tendo em vista que o juiz que primeiro participar de qualquer ato em um caso concreto se torna responsável por todo o processo penal até o trânsito em julgado da sentença, é o que é denominado de "juiz preventivo" e com o novo código de processo penal, o Magistrado que participar de qualquer ato no inquérito

policial não poderá atuar durante a ação penal. Assim, o juiz deixa de ser preventivo, como ocorre nos dias de hoje e passa a ser um juiz sem o conhecimento dos atos praticados na investigação criminal. Desse modo, os magistrados que atuem nesta segunda fase da ação penal deverão exercer um estudo mais apurado do processo de conhecimento, para ao final tomar sua decisão.

2.2. GARANTIR OS PRINCÍPIOS APLICADOS NO JUIZ DE GARANTIAS

A terminologia proposta pelo PLS 156/09 para este instituto jurídico é juiz de garantias, tendo em vista que este juiz terá como principal finalidade garantir, ou seja, assegurar, o respeito aos direitos individuais previstos a constituição Federal.

O direito individual à ampla defesa e ao Contraditório, conforme já abordado no capítulo anterior, são princípios fundamentais a selar.

Cabe destacar que a persecução penal é composta de duas fases distintas: a pré processual ou de investigação preliminar e a processual propriamente dita. Na primeira, são colhidos os elementos probatórios que informam à acusação se há justa causa ou não para o oferecimento da peça acusatória. Recebida esta pelo juiz, tem início a segunda fase, em que o processo é instruído com a produção de provas, por sua vez, sob os princípios do contraditório e da ampla defesa, com vistas a um pronunciamento final, a sentença, em que o acusado é absolvido ou condenado.

No processo penal brasileiro, a fase de investigação preliminar é chamada de inquérito policial, procedimento administrativo que fica a cargo da Polícia Judiciária, que realiza uma série de diligências com vistas a apurar a materialidade do fato e os indícios de autoria, a fim de que o Ministério Público ou o ofendido possam ter elementos suficientes para oferecer, respectivamente, a denúncia ou a queixa-crime.

Portanto, entende-se que o direito à ampla defesa, ao julgador a oportunidade de ouvir todas as partes interessadas no processo e que, infelizmente, na prática forense esse direito fundamental está sendo quase que totalmente desrespeitado, ficando a mercê, seja ela pela autoridade policial, membros do "parquet" ou *magistratus*, tornando-se o procedimento penal eivado de vício.

Assim sendo, o Juiz de Garantias é mais uma alternativa para tentar coibir os desmandos das autoridades citadas acima, ofertando ao acusado um processo

penal, em que o magistrado não já tenha na ação penal um julgamento já definido, tendo em vista que todas as participações no procedimento realizado em fase de inquérito policial serão realizadas pelo juiz de garantias.

Neste intuito, o contraditório é tido como o princípio norteador do próprio conceito da função jurisdicional. No entanto, o texto constitucional é claro ao expressar o alcance do princípio para fora do âmbito processual civil. Assim é que a bilateralidade passa a ser necessária não apenas para os procedimentos judiciais, mas também para os administrativos.^[20]

Assim, entendemos que o princípio do contraditório está intimamente ligado ao princípio da ampla defesa, sendo uma garantia constitucional de todo o acusado a de oferecer sua versão, devendo o responsável pela apuração da veracidade, decorrendo, o contraditório do princípio da ampla defesa.

Seria pertinente abordar que com a figura do juiz de garantias teremos uma possibilidade de serem respeitados os direitos individuais, tendo em vista que este instituto atribui a estes magistrados a função de resolverem às questões atinentes a investigação criminal.

Com a criação do Novo Código de Processo Penal o procedimento da investigação criminal continua sendo inquisitivo em relação ao curso da investigação, todavia em relação aos fatos do caso concreto devemos ter um procedimento que respeite aos direitos e garantias individuais.

2.2.1. O respeito ao princípio da duração razoável do processo

O princípio da celeridade processual foi inserido no ordenamento constitucional pátrio a partir da Emenda Constitucional 45/2004, em que acrescentou ao artigo 5º, da Constituição Federal, em que assegura a todos, no âmbito judicial ou administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.^[21]

Temos no âmbito legislativo, podemos destacar como princípio fundamental do procedimento a ser tomado a celeridade processual, conforme o disposto no artigo 125º, inciso II, do Código de Processo Civil, que afirma: O juiz dirigirá o processo velando pela rápida solução do litígio.^[22] No âmbito legislativo para eficiência do princípio da celeridade processual, temos a criação da Lei de Juizados

Especiais (9.099/95) que tem a finalidade de resolver os casos de menor potencial ofensivo diminuindo a demanda no procedimento de rito sumaríssimo.

Desta forma, podemos verificar que diversas competências do Poder Judiciário estão na esfera legislativa com notáveis avanços em favor da duração razoável do processo, em relação ao direito processual penal, e quais as iniciativas que estão sendo tomadas, a fim de tornar o procedimento penal mais célere?

Ocorre que, no Processo Penal tem sido realizado algumas iniciativas para dar maior efetividade ao princípio da celeridade, como exemplo tem a recente proposta do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal que propôs ao Congresso Nacional um Projeto de Lei que tem a finalidade de limitar a possibilidade de recursos a segunda instância (PLS 402/2015), assim sendo, aos Tribunais de Justiça Estaduais e aos Tribunais Regionais Federais, tornando os Tribunais Superiores acessíveis como nos casos de revisão criminal.

Após a abordagem acerca do princípio da celeridade processual, cabe indagar: Qual seria a relação entre o instituto do Juiz de Garantias com o princípio da celeridade processual e, por conseguinte, da duração razoável do processo? Com a criação da figura do Juiz de Garantias, tornando o magistrado responsável pela primeira fase da persecução penal, haveria a garantia que os atos necessários à investigação criminal teriam tempo eficaz, fazendo com que a primeira fase processual tornar-se célere, outra relação seria que teríamos um Juiz responsável unicamente por atuar na fase procedimental.

Assim sendo, o na fase inquisitorial se teria uma consistência muito maior para o oferecimento da Denúncia pelo *"Parquet"* que dá início a segunda fase procedimental da persecução penal, que é a (ação penal). Destarte, teríamos a redução de uma forma bastante acentuada dos pedidos do Ministério Público de retornar o inquérito policial para a autoridade responsável em realizar novas diligências, tendo em vista as falhas apresentadas nesta fase processual, muitas vezes por uma omissão quase que completa do Magistrado durante esta primeira fase.

Portanto, no momento que temos um Juiz responsável por atuar exclusivamente nos atos da investigação criminal, torna-se o inquérito policial mais

bem fundamentado, pois muitas vezes a autoridade policial deixa de realizar determinados atos pela demora dos magistrados em atender suas solicitações e, por conseguinte, torna-se o procedimento como um todo mais célere, dando efetividade ao direito individual da duração razoável do processo.

Por fim, o instituto do Juiz de Garantias almeja uma redução maior das formalidades tanto com a autoridade policial como a dos interessados, reduzindo o prazo de comunicação entre os atos do procedimento judicial.

2.2.2. O respeito ao princípio do livre convencimento

O princípio do livre convencimento motivado consiste na liberdade plena do magistrado para analisar todas as circunstâncias do processo e julgá-las segundo sua consciência e o seu convencimento, sendo a única exigência apontar o fundamento, as razões de sua convicção em determinado sentido.^[23]

Este direito individual está presente no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que dispõe: todas as decisões dos órgãos do poder judiciário deverão ser não somente públicas, mas também devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade.^[24]

Está previsto no artigo 131, *caput*, do Código de Processo Civil, que afirma: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” ^[25]

Assim, temos a disposição do princípio do livre convencimento motivado do juiz presente no atual código de processo penal no artigo 155, o qual diz:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (grifos nossos).^[26]

Na prática processual penal, grande parte dos magistrados que atuam nas Varas Criminais termina por julgar os casos concretos pelas provas que foram obtidas durante a fase preliminar, justamente por já ter tido o contato direto com

as provas desde o início da persecução criminal, tornando da ação penal um formalismo necessário para a prolatação da sentença.

Em suma, na praxe processual se verifica o previsto no artigo 155, do código de processo penal, já citado acima, pois este dispositivo é claro em afirmar que a convicção do magistrado só poderá ser produzida após o contraditório judicial, não podendo fundamentar suas decisões nas provas colhidas exclusivamente na investigação criminal.

Este dispositivo infraconstitucional também está reproduzido no novo código de processo penal, com algumas modificações, que são avanços na técnica legislativa que tem a finalidade de uma efetividade ao princípio do livre convencimento motivado.

Devido a sua importância, veremos a transcrição:

Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.

§ 1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

§ 2º As declarações do coautor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova colhidos em juízo que atestem sua credibilidade.

Desse modo, podemos afirmar que com a criação do juiz de garantias e a cisão dos juízes que atuarão no procedimento entre a primeira e a segunda fase da persecução criminal, o juiz que atuará na ação penal não terá participado da obtenção de provas durante a investigação criminal e quando conhecer da ação penal não ficará o seu livre convencimento psicologicamente influenciado e vinculado a um juízo

prelibatório anterior ao contraditório judicial que deverá ser feito em momento posterior a investigação criminal.

Portanto, podemos concluir que com a criação do instituto do Juiz de Garantias pelo ordenamento processual penal pátrio, este terá como uma de suas finalidades proporcionarem aos acusados de cometimento de um delito o julgamento por um magistrado que produzirá o seu convencimento durante a ação penal, não sendo influenciado e nem adstrito às provas produzidas na fase anterior, tendo em vista que nesta fase anterior incumbirá ao Juiz de Garantias atuar em todos os atos necessários de uma sentença. Assim sendo, tendo como instituto dar efetividade ao direito individual do livre convencimento motivado do julgador.

REFERÊNCIAS

AMPERJ - Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf>>. Acesso em: 17 de Maio 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. Editora: Juruá. Publicado em 18 de Outubro de 2011. p. 112-113.

BARROS FILHO, Mário Leite de. **Da inconstitucionalidade do juiz de garantias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2010.

BORGES, José Ademir Campos. **Juiz de Garantias: luxo ou necessidade?** Disponível

em:<<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=651>>. Acesso em 22 de Abril 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 25ª Ed. 2018. Código de Processo Penal Comentado - 2ª Ed. 2017.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de. **Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e os limites de intervenção do Poder Judiciário nos partidos políticos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2515>>. Acesso em: 22 de Abril 2018.

Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de Abril 2018.

Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 de Abril 2018.

Código de Processo Penal: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 de Abril 2018.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 11.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

GOMES, Abel Fernando. **Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia**. Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 51, out./dez. 2010, p. 100.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz das garantias projetado pelo novo código de processo penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br>. Acesso em 03 Março 2018.

IBCCRIM, São Paulo, ano 18, n. 213, ago. 2010, p. 2. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/>. Acesso em: 02 de Abril 2018.

Juiz das garantias do novo CPP é arbitrário Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrarioinviavel>>. Acesso em 06 Março 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade**. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. V. I, p. 122.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 71.

MAYA, André Machado. **O “perigoso” juiz de garantias.** Disponível em: <<http://devidoprocessopenal.com.br/2010/08/10/o-perigoso-juiz-de-garantias/>>.

Acesso em 23 de Abril 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 630.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Juiz das Garantias do novo CPP é arbitrário.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrario-inviavel>>. Acesso em: 22 de Abril/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 15. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 23.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 14. Ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

O juiz de garantias: histórico, conceito e críticas. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-juiz-de-garantias-historico-conceito-e-criticas,48199.html#_ftn2>. Acesso em 08 Março 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. **O Juiz das Garantias.** *Revista de Estudos Criminais.* São Paulo, v. 10 n. 43 out./dez. 2011, p. 112.

Revista de Informação Legislativa Brasília, ano 46, nº 183, edição especial <Julho/setembro–2009>[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496915/](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496915/RIL183.pdf?sequence=1#page=78)

RIL183.pdf?sequence=1#page=78>. Acesso 20 de Março 2018.

SANCTIS, Fausto de. **Juiz de Garantias é obstáculo ao processo.** Revista Consultor Jurídico. 9 de Dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-09/criacao-juiz-garantias-obstaculo-celeridade-processual>>. Acesso em 20 de Abril 2018.

SAMPAIO JUNIOR. José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição.** São Paulo: Método, 2009. p. 137.

SCHREIBER, Simone. **O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 18, n. 213, ago. 2010, p. 2.

STRECK, Lênio Luiz. **Sístoles e diástoles em torno do sistema acusatório: o “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo.** *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, V. 10, n. 37, p.11-36, 2010, p. 15

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 57.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** 15 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Vol. I. p. 29.

NOTAS:

[1] DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 15. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 23.

[3] SILVA, José Afonso da **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 180.

[4] “A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa” (TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 65).

[5] SAMPAIO JUNIOR. José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição.** São Paulo: Método, 2009. p. 137.

[6] TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 57.

[7] MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 630.

[8] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 71.

[9] TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 54.

[10] DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 11.

[11] SCHREIBER, Simone. **O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal.** Boletim

[12] IBCCRIM, São Paulo, ano 18, n. 213, ago. 2010, p. 2.

[13] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** 15 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Vol. I. p. 29.

[14] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. Ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, ob cit., p. 116.

[15] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.

[16] STRECK, Lênio Luiz. **Sístoles e diástoles em torno do sistema acusatório: o “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo**. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, V. 10, n. 37, p.11-36, 2010, p. 15

[17] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. V. I, p. 122.

[18] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, (ob. cit. p. 269): “Presente, pois, o primeiro requisito - existência de dois ou mais juízes igualmente competentes -, a competência será determinada pela antecedência da prática de qualquer ato de conteúdo decisório [...], art. 83 CPP.

[19] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. Ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2014.

[20] CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de. **Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e os limites de intervenção do Poder Judiciário nos partidos políticos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2515>>. Acesso em: 22 de Abril 2018.

[21] Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXVIII.

[22] Código de Processo Civil, artigo 125, inciso II.

[23] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 25ª Ed. 2018, Código de Processo Penal Comentado - 2ª Ed. 2017

[24] Constituição Federal. Artigo 93, inciso IX.

[25] Código de Processo Civil. Artigo 131, *caput*.

[26] Código de Processo Penal. Artigo 155, *caput*.

O DEVER DE PROTEÇÃO DAS NORMAS E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

Felipe Augusto Silva Custódio, o autor: Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas/UNIFEMM. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário UNA de Sete Lagoas. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado.

RESUMO: O presente artigo possui como recorte epistemológico investigar sob o panorama do Direito Internacional, como se dá a proteção e promoção dos Direitos Humanos em sua perspectiva internacional. É fato que a preservação, promoção e proteção dos direitos humanos é de suma importância para a vida digna da sociedade, tendo em vista que os ditos direitos nascem e deve perdurar até a inexistência da pessoa, pois o direito a vida, trabalho, educação, liberdade são indispensáveis para a dignidade humana. É importante destacar que os Direitos Humanos são indivisíveis, interdependentes, irrenunciáveis, tendo em vista a sua relevância para a sociedade. No âmbito do Direito Internacional é importante que os tratados, costumes e princípios gerais regulem e protejam as materiais que tratam dos direitos humanos, pois é dever de todos, mas principalmente dos Estados a regulação, promoção e proteção de todas as possíveis formas de agressão aos direitos humanos, visto que os ditos direitos estão ligados intimamente à dignidade da pessoa humana e a sua existência digna.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Internacional. Promoção e Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Tratados. Costumes. Princípios Gerais.

ABSTRACT: *The present article has as epistemological focus to investigate under the panorama of International Law, as the protection and promotion of Human Rights in its international perspective. It is a fact that the preservation, promotion and protection of human rights is of utmost importance for the dignified life of society, given that these rights are born and should last until the nonexistence of*

the person, because the right to life, work, education, freedom are indispensable for human dignity. It is important to highlight that human rights are indivisible, interdependent, indispensable in view of their relevance to society. In international law, it is important that treaties, customs and general principles regulate and protect materials dealing with human rights, as it is the duty of all, but especially states, to regulate, promote and protect all possible forms of aggression against human rights. human rights, since these rights are closely linked to the dignity of the human person and his dignified existence.

keywords: Human rights. International right. Promotion and International Protection of Human Rights. Treated. Mores. General principles.

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Desenvolvimento. 2.1 - Conceito e noções gerais dos Direitos Humanos. 2.2 - Evolução histórica internacional dos Direitos Humanos. 2.3 - Os Direitos Fundamentais e a sua perspectiva humanista. 3 - Aspectos gerais do Direito Internacional. 3.1 - Fontes e princípios do Direito Internacional. 4 – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 5 – Considerações finais. 6 - Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo e possui como recorte epistemológico demonstrar e analisar a proteção dos direitos humanos na seara internacional, tendo como supedâneo o direito internacional.

Os direitos humanos são aqueles direitos inatos à pessoa humana, que visam proteger os atributos da sua dignidade, independentemente da raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição, e que geralmente encontram-se descritos em documentos internacionais específicos que abordam a questão.

É fato que os direitos humanos nascem sob uma perspectiva de proteção e defesa dos direitos do homem, visto que o próprio homem é a parte mais hipossuficiente na relação com o Estado, e tendo como obrigação este resguardar

e regular os direitos humanos e sociais, de forma interna e externa, como a utilização de tratados, convenções, costumes e princípios gerais do direito internacional.

Em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana tem como objetivo ultrapassar o status somente de um simples ser social, no que se refere ao ser humano, mas sim de alcançar um status de proteção, igualdade, defesa e de não degradação da pessoa humana, tendo em vista a sua notória importância humanitária e social.

Desta feita, o Estado possui a obrigação de forma interna e externa de proteger e promover os direitos humanos, visto que é dever dos Estados coibir qualquer forma de agressão a esses direitos.

Assim, é possível perceber que os direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana em um panorama conjunto, parecem ter a mesma definição, entretanto, essa percepção é incorreta, visto que o dito direito e princípio se completam e não se confundem, sendo os mesmos a base de um Estado Democrático de Direito.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Conceito e noções gerais dos Direitos Humanos

Para entender a problematização e delimitação deste trabalho, inicialmente se faz necessário descrever a nomenclatura do conceito de direitos humanos, em seu sentido *strictu sensu*, bem como a forma que o mesmo está disposto atualmente na humanidade.

Os direitos humanos nascem em uma perspectiva de proteção e defesa dos direitos do homem, sem qualquer acepção, tendo em vista o seu poder garantidor e não somente programático que a grande parte dos Estados possuem em suas constituições.

Dessa forma, os direitos humanos são aqueles direitos inatos à pessoa humana, que visam proteger os atributos da sua dignidade, independentemente da

raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição, e que geralmente encontram-se descritos em documentos internacionais específicos que abordam a questão.

Imperioso destacar, que somente pelo fato ser humano, ou seja, ser pessoa, a mesma já é detentora destes direitos, sendo que não se faz necessária a posituação desta norma, visto o mesmo é inerente aos seres humanos, a exemplo o direito à educação, saúde, liberdade de expressão, dentre outros.

O doutrinador André de Carvalho Ramos (2017, p. 29) destaca que os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade.

Nessa perspectiva o autor Ricardo David Rabinovich Berkman disserta em sua obra sobre os direitos humanos:

Si los derechos humanos fueran una característica objetiva de todas las mujeres y hombres, sería lícito y deseable luchar por que fuesen respetados en el mundo entero, incluso cuando ello implicase arrasar con algunas tradiciones culturales que no los valorasen. En cambio, si los asumieramos como una elaboración teórica de nuestra civilización, tal intromisión podría llegar a devenir autoritaria y prepotente. (RABINOVICH-BERKMAN, 2013, p. 115-116).

Assim, pode-se então perceber que os direitos humanos são indispensáveis para aos seres humanos, principalmente no que se refere à vida digna, visto que os mesmos são vinculados ao *jusnaturalismo*[1].

Portanto, os direitos humanos estão intrinsecamente relacionados à dignidade humana, a vida, a liberdade, educação, trabalho, sendo que se uma determinada pessoa não possui estes direitos, não há que se falar em dignidade humana, e tão pouco em direitos humanos.

Dessa forma, o autor André de Carvalho Ramos disserta em sua obra:

Os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais. A fundamentalidade dos direitos humanos pode ser formal, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser material, sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que mesmo não expresso – é indispensável para a promoção da dignidade humana. (RAMOS, p. 30).

Se faz importante também versar sobre a finalidade dos direitos humanos, que em seu sentido geral visa a proteção da pessoa humana em todos os atributos, sendo estes atributos são relacionados ao bem jurídico da pessoa, qual seja, a vida, liberdade, igualdade, saúde, educação, visto que uma pessoa humana só é de fato humana a partir do momento em que a mesma tenha garantido pelo Estado o seu direito a dignidade.

Além da finalidade, os direitos humanos visam a proteção integral do homem, sendo que a doutrina expõe como as mais relevantes a universalidade, historicidade, inalienabilidade, irrenunciáveis, imprescritibilidade, efetividade, complementariedade, relatividade,

No que se refere à universalidade, a mesma é o fundamento e o supedâneo da concretude dos direitos humanos, pois estes direitos são universais, portanto, toda a pessoa independente da sua localização ou status social possui os ditos direitos, a exemplo a vida, a liberdade e a educação.

Em que pese a historicidade, os direitos humanos são históricos, pois os mesmos foram surgindo paulatinamente na sociedade, de acordo com cada evento social, onde com base nesses fatos ficavam demonstradas a necessidade de mutação das normas que até ali eram legitimadas, sendo que as construções teóricas foram efetivamente importantes para o conceito e a aplicação dos direitos humanos na atualidade.

Com relação a inalienabilidade, pode-se entender que os direitos humanos não têm conteúdo econômico patrimonial, portanto, uma determinada pessoa não pode pegar e vender, dar um conteúdo econômico para o seu direito em si. Entretanto, não quer dizer que atributos deste direito não possuam conteúdo econômico.

No que tange a irrenunciabilidade, os direitos humanos são irrenunciáveis, ou seja, a pessoa pode aceitar limitações pontuais, temporais e casuísticas, entretanto, não pode renunciar totalmente e de forma *ad aeternum*[2].

Quanto a imprescritibilidade, o mesmo quer dizer que os direitos humanos não se perdem com o tempo, onde uma pessoa não perde o seu direito somente pelo fato de ter deixado de exercê-lo por algum período.

A efetividade dos direitos humanos corrobora um sistema que seja o mais eficaz possível, para as tratativas destes direitos. Além da efetividade, existe uma outra característica dos direitos humanos que é a complementariedade, que é de estruturar um sistema que se baseia em legislações nacionais e internacionais.

A relatividade, juntamente com a universalidade é umas das principais características dos direitos humanos, sendo que a mesma pode ser vista em dois aspectos, o primeiro seria amplo, onde o direito precisa respeitar as peculiaridades de cada região, ou seja, a multiculturalidade, e o outro aspecto seria que nenhuma pessoa pode usar os direitos humanos com um argumento de violar os direitos humanos de pessoa diversa.

Nesse sentido, quanto à relatividade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preceitua:

Artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1.
Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano

estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas. (ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Portanto, independente da nacionalidade, sendo a mesma brasileira, chilena ou argentina, os direitos humanos conforme preceituam sua a teoria geral, pertencem ao homem enquanto condição para a sua dignidade, que usualmente são descritos em documentos internacionais para que sejam mais seguramente garantidos à sociedade, enquanto ser de deveres e obrigações.

2.2 Evolução histórica internacional dos Direitos Humanos

Quanto ao ponto de partida dos direitos humanos, o mesmo é uma grande incógnita e gera imensa discussão entre os doutrinadores, onde alguns versam que o seu início se deu na antiguidade, qual seja, na época dos bárbaros, sendo necessário destacar que inicialmente não existia nenhuma previsão normativa para regular a vida das pessoas em sociedade, dessa forma, cada pessoa defendia os seus direitos a seu bel-prazer, assim, a desproporcionalidade das condutas se mostrava latente.

Em que pese aos direitos humanos na antiguidade, com a necessidade de regulamentar as condutas daquelas pessoas em sociedade, tanto na vida pública e privava, foram surgindo algumas normas e códigos de regulação, a exemplo o Código de Hamurabi, de Ur-Nammu, de Manu, a Lei das Doze Tábuas, dentre outras.

Como exemplo dessa regulação, o Código de Hamurabi que foi criado no século XVIII, antes de Cristo pelo Rei Hamurabi, foi feito no intuito de regular as condutas dos integrantes daquela sociedade, pois até aquele momento, nada

existia no que se refere a regulação pessoal dos deveres e obrigações daquela sociedade.

Ressalta-se que o dito código era extremamente cruel, onde continham penas cruéis, como a morte, perda de patrimônio como todo, e até a exclusão de determinada pessoa daquela sociedade, pois os governantes daquela época tratavam distintamente o seu povo, de acordo com a sua classe social.

No que se refere às Leis das Doze Tábuas, as mesmas regulavam o povo romano, entretanto, pregava a igualdade entre os integrantes daquela sociedade, onde as normas eram publicizadas, sendo acessíveis para toda a sociedade. Desta feita, nasce o princípio da igualdade.

A Idade Média é tida historicamente como um grande marco na proteção dos direitos humanos, tendo como exemplo o surgimento da Magna Carta, no território onde se localiza atualmente a Inglaterra, em 1215.

A Magna Carta de 1215 surgiu para colocar fim ao atrito do Rei João sem Terra e o Papa Inocência III, pois haviam diversas controvérsias entre a Monarquia e a Igreja. Assim, com o advento da dita Magna Carta, o Rei tinha que se submeter as leis daquela Carta, o que ainda não acontecia até aquele momento.

Imperioso destacar que Magna Carta da Inglaterra elencou em seu texto a previsão de proteção de direitos, que ainda não haviam sido trazidos pela história até aquele momento, como exemplo, a previsão do habeas corpus, do direito à propriedade e do devido processo legal.

Mas a Antiguidade e Idade Média não trouxeram ainda uma proteção suficiente para os direitos humanos, tendo em vista a fragilidade das leis daquela época.

Inicia-se então a Idade Moderna, onde um enorme desenvolvimento dos direitos humanos surgiu, sendo ele compreendido entre 1453 (tomada da Constantinopla) até 1789 (com a Revolução Francesa).

Dentro deste período, qual seja, em 1648 no território que hoje é a Alemanha, foi elaborado um tratado de extrema importância denominado Munster, e outro denominado Osnabruck, que conjuntamente compuseram o Tratado de Vestfália, sendo este último de grande relevância para os direitos humanos, onde a concepção de Estado Moderno é concebido, visto que tornou necessária a composição de elementos objetivos e subjetivos sociais.

Imperioso versar também sobre a *Bill of Rights*[3], ou Carta de Direitos de 1689, que traz consigo a previsão de independência do Parlamento, que se configura como o surgimento do princípio da divisão dos poderes, sendo que a dita carta já abarcava todos os direitos tratados na Magna Carta.

Sucessivamente, a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia foi extremamente importante, pois versava que todo o poder emana do povo, e em seu nome deve ser exercido, além do que a mesma previa que todo ser humano é titular de direitos fundamentais.

Em 1789 surge a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França, sendo inéditos a maioria dos temas ali tratados, a exemplo, a presença de um Estado laico, o princípio da legalidade, da anterioridade, do estado de inocência, que se mostram de suma importância para a tutela dos direitos humanos até os dias atuais.

Dessa maneira, o doutrinador André de Carvalho Ramos (2017, p. 45) expõe que a dita Declaração proclamou os direitos humanos a partir de uma premissa que permeará os diplomas futuros, como exemplo, todos os homens nascem livre e com direitos iguais.

A autora Flavia Piovesan (2013, p. 40) disserta que considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Viena de 1993.

Nesse sentido, Flavia Piovesan conclui:

Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente da história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. (PIOVESAN, p. 40-41).

Ressalta-se que a Declaração Universal de 1948 é um marco importante para a fixação dos direitos humanos, visto que foi feita sucessivamente no findar da Segunda Guerra Mundial, bem como a criação das Nações Unidas.

Assim, o Pós-Guerra é também um marco na história dos direitos humanos, visto que a população de alguns Estados fora efetivamente exterminada. Dessa forma, enfatiza o autor André de Carvalho Ramos em sua obra sobre direitos humanos:

Contudo, a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos está relacionada à nova organização da sociedade internacional no pós- segunda guerra mundial. Como marco dessa nova etapa do Direito Internacional, foi criada na Conferência de São Francisco em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU). O tratado institutivo da ONU foi denominado "Carta de São Francisco". (RAMOS, 2017, p. 49).

Dessa forma, pode-se perceber o caminho árduo que os direitos humanos percorreram até a forma estruturada que é tida nos dias atuais, onde historicamente foi moldado a duras penas, no sentido de assegurar a proteção da sociedade e igualar os povos com um todo.

2.3 Os Direitos Fundamentais e a sua perspectiva humanista

O conceito de direito corresponde a uma norma de conteúdo declaratório estabelecendo o que determinada pessoa tem, qual é o seu direito ou vantagem. A garantia, por sua vez, é uma norma de conteúdo assecuratório, determinando um direito que o sujeito possui. Nessa perspectiva é possível entender o que são os direitos fundamentais.

No que consiste ao direito brasileiro, os direitos fundamentais se encontram positivados no artigo 5º da carta magna, sendo a mesma a Constituição Federal.

De acordo com os autores Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2015, p. 33), os direitos fundamentais são os conjuntos de direitos estabelecidos por determinada comunidade política organizada, com o objetivo de satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, sobretudo a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

De forma pormenorizada, na Carta Magna brasileira pode-se encontrar inicialmente os direitos individuais e coletivos. Em um segundo momento, podemos encontrar os direitos sociais, e logo na sequência o direito de nacionalidade, e subsequentemente os direitos políticos, a exemplo o direito de votar e ser votado.

Imperioso destacar, que em toda a constituição, pode-se encontrar os direitos e garantias fundamentais. Em um panorama internacional, pode-se também encontrar direitos e garantias fundamentais nos tratados internacionais, que os Estados fazem parte, a exemplo o Brasil, Argentina e Chile.

Sendo assim, os direitos fundamentais de uma nação se encontram positivados no texto constitucional daquele Estado, sendo que em determinados Estados os direitos fundamentais são individuais, coletivos, sociais e jurídicos, visto que taxativamente os mesmos são emanados dos direitos humanos, onde conforme já exposto garantem a liberdade, igualdade, educação, à vida, e diversos outros direitos.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 526), os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Portanto, a importância dos direitos fundamentais se dá para qualquer ser humano, pois sem os mesmos é impossível viver, bem como sobreviver em sociedade.

3 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL

O conceito *latu sensu* do Direito Internacional, de acordo com o doutrinador De Plácido e Silva (2013, p. 481) tem por objetivo a solução das questões de caráter internacional, assim ditas porque nelas há interesse de pessoas (físicas ou jurídicas) de países diferentes.

O Direito Internacional Público pode ser definido como o conjunto de princípios e regras jurídicas que regem a atuação dos atores da sociedade internacional, ou seja, os Estados, com o objetivo de alcançar finalidades de suma importância para a humanidade, como ao cumprimento dos direitos humanos, o cumprimento leal das relações jurídicas entre Estados soberanos, a exemplo o *pacta sunt servanda*[4], dentre outras situações.

Nesse sentido, o doutrinador brasileiro Valério de Oliveira Mazzuoli conceitua em sua obra Curso de Direito Internacional Público:

Sistematicamente, o Direito Internacional Público pode ser definido como a disciplina jurídica da sociedade internacional. Esta fórmula reconhece a existência de uma sociedade internacional (distinta da sociedade nacional, interna ou estatal) e delimita os campos de aplicação respectivos do Direito Internacional e do Direito interno. Em uma definição mais abrangente (e mais técnica), o Direito Internacional Público pode ser conceituado como o conjunto de princípios

e regras jurídicas (costumeiras e convencionais) que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional (formada pelos Estados, pelas organizações internacionais intergovernamentais e também pelos indivíduos), visando alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais. (MAZZUOLI, 2013, p. 774).

Já o Direito Internacional Privado tem por objetivo o estudo a relação entre pessoas, entretanto nessa relação haverá algum elemento do Direito Internacional, a exemplo um casamento de um cidadão Francês, porém o mesmo é residente na Argentina, onde será discutido qual lei de qual país será aplicado no caso concreto.

O autor De Plácido e Silva (2013, p. 481) disserta em sua obra que o Direito Internacional Privado se revela como um regulador e solucionador das questões que se suscitam no conflito das leis no espaço, no que tange uma relação privada, em razão de certas qualidades que a tornam extraterritorial.

Assim, o Direito Internacional Público e Privado não se confunde, visto que os objetos de estudo são distintos, onde no público irá regular às tratativas de Estado para Estado, e o privado regerá às relações privadas, a exemplo litígios de empresas que possuem filiais em outros países.

Desta feita, pode-se entender a importância na proposição de ideias e situações para melhorar a humanidade, onde o Direito Internacional será utilizado como base, bem como para a resolução de conflitos, tendo em vista que as relações entre os Estados.

3.1 Fontes e princípios do Direito Internacional

No que se trata das fontes do Direito Internacional, pode se perceber que as ditas fontes estão positivadas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 38, que versa que as fontes do Direito Internacional são os tratados, os costumes e os princípios gerais do Direito, conforme trecho do artigo abaixo:

ARTIGO 38 - A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas. (ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945).

Desta forma, o dito artigo é tácito ao versar quais são as fontes do Direito Internacional como um todo, visto que estas fontes devem ser usadas por todos os Estados na resolução de conflitos.

No que se refere aos tratados, os mesmos são as principais fontes do Direito Internacional, pois os tratados são acordos realizados entre sujeitos do Direito Internacional, ou seja, entre os Estados. E um exemplo desses tratados é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 1969.

Nesse sentido os autores Geraldo Eulálio e Hildebrando Accioly (2002, p. 28-29) versam que por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre as duas ou mais pessoas internacionais.

Assim, pode-se conceituar os tratados como acordos firmados entre sujeitos do Direito Internacional de diversas naturezas, a exemplo tratados comerciais, tratados de paz, tratados de entradas e saídas de estrangeiros nos seus territórios.

Quanto às outras fontes do Direito Internacional, o autor Marcelo Varela (2012, p. 145) destaca que o direito internacional não é apenas regulado por tratados. Existem também diferentes outras modalidades de fontes jurídicas não acordadas expressamente ou por escrito entre os Estados. Algumas dessas fontes de direito internacional são tão importantes quanto as fontes convencionais – os tratados – e podem inclusive revogá-los.

Desta feita, e como já versado anteriormente, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça destaca que os costumes, juntamente com os tratados e os princípios gerais também são fontes do DI[5]. Assim, tem-se por costumes uma prática geral delineada pelos Estados, onde de forma análoga pode-se conceituar que são as práticas gerais de um povo, sendo aquilo que é permitido ou não em seu território.

Dessa forma, o autor Marcelo Varella (2012, p. 145) disserta que os costumes internacionais são práticas aceitas pelos Estados como direito aplicável, durante um período razoável de tempo. A fonte costumeira é tão importante quanto os tratados.

Nesse mesmo sentido, o autor Valério de Oliveira Mazzuoli destaca:

Conceito de costume internacional é dizer, o costume internacional resulta da prática geral e consistente (para além de uniforme) dos atores da sociedade internacional em reconhecer como válida e juridicamente exigível determinada obrigação. (MAZZUOLI, 2013, p. 129).

Quanto aos princípios gerais pode-se entender como aquelas normas que são aceitas por todos os Estados, tendo em vista da sua eficácia e destinação.

No que se refere à sua conceituação, diversos autores utilizam a palavra ampla, para correlacionar com o seu conceito e atuação.

O autor Marcelo Varella (2012, p. 154) versa que os princípios gerais do direito internacional são regras amplamente aceitas pela sociedade internacional, consolidadas por costumes internacionais. A consolidação pode decorrer da repetição em tratados, ou no uso em razões de julgamento comumente aplicadas nos tribunais nacionais e internacionais.

Nesse esteio, destaca Mazzuoli:

Hoje se deve entender que a expressão "princípios gerais de direito", empregada pelo Estatuto da Corte, diz respeito ao

reconhecimento de tais princípios por parte da sociedade dos Estados, em seu conjunto, como formas legítimas de expressão do Direito Internacional Público. (MAZZUOLI, 2013, p. 140).

Dessa forma, pode-se perceber a relevâncias das normas, princípios, costumes e tratados para o Direito Internacional, visto que a sua relevância principalmente nos dias atuais é notória, pois nenhum Estado de forma atual, bem como historicamente consegue sobreviver sem efetuar negócios, tratativas, independente de qual seara, e isso reflete nos direitos humanos e nas pessoas de cada sociedade.

4 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

É notório para toda a humanidade a relevância dos direitos humanos e da sua proteção a qualquer tipo de restrição, bem como omissão pelos Estados, sociedades, pessoa físicas, jurídicas, dentre outras, visto que são direitos que inerentes a todos os seres humanos, onde não será apreciada a sua etnia, raça, língua e nação, pois os ditos direitos compreendem à todas as pessoas.

Os direitos humanos elencam uma série de direitos, como a liberdade, vida, educação, trabalho e diversos outros e é dever dos Estados coibir qualquer forma de agressão a esses direitos.

Assim, confirma o autor Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 851) que os direitos humanos são inerentes a qualquer pessoa, sem quaisquer discriminações, revela o fundamento anterior desses direitos relativamente a toda forma de organização política, o que significa que a proteção dos direitos humanos não se esgota nos sistema estatais de proteção devendo ir muito mais além.

Atualmente, e desde 1945 com o fim da segunda Guerra Mundial, os Estados entendem que se fazia necessário a proteção do bem mais precioso que o mundo possui, que são as pessoas. Entretanto, essa proteção não poderia se dar de qualquer forma, era necessário um planejamento com o supedâneo de conferir a todos direitos e garantias que protegeriam realmente os seres humanos.

Existem diversos diplomas que possuem como foco à proteção dos direitos humanos e fundamentais, e um desses diplomas é a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, que foi criada no conselho econômico e social da Organização das Nações Unidas e possui como base além das proteções aos ditos direitos, a internacionalização dos direitos humanos, mas não possui em seu bojo os direitos de solidariedade e fraternidade ao longo dos seus trinta artigos, onde os ditos direitos fazem parte da terceira geração dos direitos humanos.

Imperioso destacar que a dita declaração não é um tratado internacional, cuida-se apenas de uma recomendação de princípios, e que carece de executividade, ou seja, ao contrário que ocorre com os tratados internacionais, a violação das suas regras não traz consequências à aplicação de sanções internacionais.

Nesse sentido, os Estados se agruparam para criarem dois tratados que teriam a executividade necessária que a dita declaração não possui, visto que os direitos humanos sempre carecem de apreço e cuidado frente a sociedade internacional, que foram o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Culturais e Sociais.

Além destes, existem diversos outros pactos, tratados internacionais que visam a promoção e proteção dos direitos humanos, a exemplo a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, onde o próprio nome diz, visa combater a discriminação racial em todas as suas formas.

Nesse sentido, o autor Valério de Oliveira Mazzuoli versa em sua obra:

É imensa a parte das normas internacionais contemporâneas que dizem respeito à proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, sendo inúmeros os tratados de proteção dos direitos humanos conhecidos atualmente. Todos eles têm uma característica fundamental: a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição.

Em outros termos, basta a condição de ser pessoa humana para que todos possam vindicar seus direitos violados, tanto no plano interno como no contexto internacional. (MAZZUOLI, 2013, p. 851).

Um outro exemplo na seara das relações internacionais, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979, que visa combater a discriminação e violência contra a mulher, e também a Convenção Internacional contra a tortura e penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Assim, existem diversos outros tratados internacionais que visam proteger os direitos humanos, que estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo e parâmetro dos tratados que visam a proteção dos direitos humanos.

No que se refere à proteção dos direitos humanos, a autora e autor Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari disciplinam:

A denúncia internacional ser como mecanismo alternativo para a proteção das vítimas de violações de direitos humanos ante a falta de respostas adequadas no âmbito interno, conferindo publicidade a estes casos de violação. Cabe ao Estado prestar contas à comunidade internacional em caso de violações de direitos humanos ocorridas em seu território diante de solicitação por órgão de supervisão. (OLIVEIRA; LAZARI, 2017, p. 661).

Assim, o direito internacional se utiliza de tratados, convenções, costumes, princípios para que os Estados possam se utilizar destes no que tange à proteção dos direitos humanos, e como forma de exemplificar a aplicação dessa proteção pode-se citar **pacto internacional dos direitos civis e políticos, pacto internacional dos direitos sociais, econômicos e culturais, convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial,**

convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis desumanos ou degradantes, convenção internacional sobre a proteção de direitos de todos os migrantes trabalhadores e membros de suas famílias, convenções sobre o direito das crianças e inúmeros outras convenções que possuem como fim a proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, se faz importante destacar que os direitos humanos são universais, pois eles se ramificam e atingem todas as pessoas, independentemente das suas características pessoais, como raça, religião, língua e nação, bem como de circunstâncias temporais, aspectos espaciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se durante o desenvolvimento do presente artigo o quão complexo e importante é este tema dos direitos humanos, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana na seara internacional de proteção destes direitos.

Desta feita, é pertinente utilizar os ensinamentos do Immanuel Kant, quanto ao imperativo categórico, pois o ser humano jamais deve ser visto ou usado como meio para atingir outras finalidades, se não como fim de si mesmo.

Os direitos humanos que sabemos atualmente foram construídos a duras penas, pois em diversas situações históricas o Estado utilizava de políticas e penas para que os direitos dos seus cidadãos fossem suprimidos.

Importante também versar que somente pelo fato de ser um ser humano, a pessoa já é detentora de direitos, sendo que não se faz necessária a positivação desta norma, visto o mesmo é inerente aos seres humanos, a exemplo o direito à educação, saúde, liberdade de expressão.

O Estado na utilização de políticas internas e principalmente externas tem como obrigação a proteção, defesa e promoção de todos os direitos humanos, independentemente de qual tratativa irá fazer, onde o mesmo possa utilizar

conforme percorrido no presente trabalho os tratados, convenções, costumes e princípios para obter a proteção dos direitos dos homens.

Assim, é claro que é obrigação de todos a defesa dos direitos humanos, como o direito a vida, liberdade, trabalho, liberdade de expressão, educação, entretanto, tendo em vista que os Estados possuem maiores recursos e ferramentas para proteger e propagar os direitos humanos, é obrigação deste a coibir qualquer forma de agressão e contaminação à estes direitos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRANCHIER, Alex Sander; TESOLIN, Juliana Daher Delfino. **Direito e Legislação Aplicada**. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Ibplex, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *In*: Vade Mecum. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Site do Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 Jun. 2018.

BRASIL. Site do Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 Jun. 2018.

BRASIL. Site da Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>> Acesso em: 26 Jun. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Positivo. 20 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Teoria do Estado e da Constituição. 21 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- ISRAEL, Jean-Jacques. Direito das liberdades fundamentais. 1º ed. Barueri: Editora Manole, 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos tratados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7º ed. rev., atual., ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MONTALVÃO, Bernardo. **Filosofia do Direito descomplicada**. 1º ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. 3º ed. rev., ampl., atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 4º ed. rev., ampl., atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. rev., ampl., atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 10 ed. rev., ampl., atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **¿Cómo se hicieron los derechos humanos?: um viaje por la historia de los principales derechos de las personas**. 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **¿Cómo se hicieron los derechos humanos?: um viaje por la historia de los principales derechos de las personas**. 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAGUÉS, Néstor Pedro. **Manual de Derecho Constitucional**. 3º ed. Ciudad de Buenos Aires: Editora Astrea, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Daniel Sarmento/Flavio Galdino (organizadores). 1º ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 15º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS:

[1] Jusnaturalismo é o Direito Natural, sendo o mesmo o conjunto de direitos, normas, regras e princípios que são atinentes aos seres humanos, tendo como noção a ideia de forma universal e imutável de justiça.

[2] *Ad aeternum* possui como conceito para sempre, eternamente, de modo eterno.

[3] Documento elaborado pelo parlamento da Inglaterra e imposto aos soberanos, Guilherme III e Maria II, num ato que declara entre outros termos os direitos e a liberdade dos súditos e define a sucessão da coroa.

[4] Expressão do latim que significa que os acordos e convenções celebrados entre as partes devem ser cumpridos

[5] Sigla para Direito Internacional

EXERCÍCIO DE GUARDA POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL: ANÁLISE DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES DO CONFLITO ENTRE O INTERESSE DO GUARDIÃO E DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE QUE ESTIVEREM SOB GUARDA

Débora Fernandes Pessoa Madeira, o autor: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa-MG, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIPAC-Ubá e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas, Professora Assistente de Direito Civil da Universidade Federal de Viçosa - MG.

Coautoras:

ROSELAINÉ L. TOLEDO^[1]

ANDRÉIA L. COSTA^[2].

RESUMO: No presente artigo buscou-se discutir possibilidades de conciliação entre os direitos e interesses de genitores portadores de deficiência mental e os direitos e interesses de seus filhos menores no tocante ao exercício de guarda e visita, através de uma abordagem quanti-qualitativa. No primeiro momento foi realizada uma revisão de literatura, considerando autores do direito, artigos científicos de diversas áreas de estudo e legislações brasileiras, objetivando compreender a possibilidade do exercício de guarda da pessoa com deficiência de acordo com a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (2009) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015). Em um segundo momento, através de uma abordagem quanti-qualitativa, realizou-se busca nos sites dos Tribunais de Justiça do Sudeste do Brasil, objetivando analisar o exercício da guarda pelo genitor com deficiência mental. Como resultado, observou-se que, em que pese este Estatuto determinar que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para exercer o direito de guarda em igualdade de oportunidades, esse exercício não é observado na prática pelos tribunais consultados, o que leva a considerar que é possível a conciliação entre os direitos da criança e do adolescente e o direito do genitor portador de deficiência à convivência familiar.

PALAVRAS CHAVE: Genitor com deficiência Mental. Direito de guarda e visita. Direitos da criança e do adolescente.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. METODOLOGIA. 3. REVISÃO DE LITERATURA. 4. DISCUSSÃO. 4.1. Jurisprudência do Sudeste do Brasil. 4.2. Solução para Compatibilização dos Interesses. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABSTRACT: This article aims to discuss possibilities of reconciliation between the rights and interests of parents with mental disabilities and the rights and interests of their minor children regarding the exercise of custody and visit, through a qualitative-quantitative approach. The research was carried out in two complementary moments: in the first moment, a literature review was conducted, considering renowned authors of the law, scientific articles from several areas of study and Brazilian legislations. The first moment was realized to understand the possibility of exercising custody of the person with a disability, in accordance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2009 and the Disabled Persons Statute promulgated in 2015. In a second moment, through a quantitative-qualitative approach, a search was conducted on the websites of the Courts of Justice of the Southeast of Brazil, aiming to analyze the exercise of custody by the parent with mental disabilities. As a result, it was observed that, although the Statute determines that the disability does not affect the full civil capacity of the person to exercise the right of custody on equal opportunities, this exercise is not observed in practice by the courts of the Southeast of Brazil, which leads us to consider the possibilities of conciliation between the rights of the child and the adolescent and the right of the disabled parent to family coexistence.

KEY WORDS: Genitor with Mental deficiency. Right of guard and visit. Rights of children and adolescents.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil tornou-se, ao lado de outros 174 países ao redor do mundo, signatário da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e seu protocolo adicional, comprometendo-se, enquanto Estado-parte, a promover a dignidade e a inclusão das pessoas com deficiência. Esta norma internacional fora internalizada pelo Decreto 6949 de 25 de agosto de 2009 e impacta de maneira

direta o Direito Civil brasileiro, especialmente no que tange à Teoria das Incapacidades e ao Direito de Família.

O artigo 23 da CDPD impõe aos Estados-parte a tomada de medidas que eliminem o preconceito da sociedade em relação ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos por pessoas com deficiência, além de, no item 2 desse artigo, impor que se assegurem os direitos familiares como o exercício de guarda, adoção, custódia, curatela, dentre outros (BRASIL, 2009).

Ato contínuo e reafirmando o texto da CDPD, fora promulgada a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência, autointitulada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei 13.146 de 2015. Dentre as diversas modificações trazidas à Teoria das Incapacidades e ao Direito de Família, destacam-se duas: a remoção das hipóteses de deficiência mental do rol de incapacidade dos artigos 3º do Código Civil de 2002, bem como a possibilidade do exercício de guarda, tutela, curatela e adoção em igualdade de oportunidades com as demais pessoas pelo PCD, tendo em vista que o artigo 6º, VI do EPD, afirma que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para exercer esses atos. Nesse sentido, a teoria da incapacidade passou por uma reconstrução em que o portador de deficiência tem o poder de gerir, na medida do possível, sua vida, podendo utilizar-se de institutos assistenciais (curatela ou tomada de decisão apoiada) para a efetivação de atos negociais ou patrimoniais (DINIZ, 2016).

Essa norma modificou normativamente sobremaneira o instituto de guarda de crianças e adolescentes exercido por genitores. Até então, o fato do genitor do menor ser portador de alguma deficiência, especialmente alguma deficiência mental, fazia com que não se cogitasse a possibilidade de requerer o exercício de guarda e visitas de seus filhos, em prol do melhor interesse das crianças e adolescentes, já que era considerado incapaz.

Adotou-se, por essas normativas que buscam a proteção e a possibilidade de exercício de autonomia das pessoas com deficiência, o conceito social de deficiência, largamente desenvolvido no mundo a partir de meados do século XX. Esse conceito considera que a deficiência não é provocada apenas por fatores biológicos e patológicos, mas também por fatores sociais, decorrentes da exclusão

da PCD do exercício de sua cidadania. Nesse sentido, o que torna um cego deficiente é muito mais a falta de adaptação da sociedade em receber e conviver com a cegueira do que a cegueira em si (DINIZ, 2012).

A sociedade e o Estado não estão preparados para a inclusão e convivência com essas pessoas, o que as torna extremamente vulneráveis. Algumas produções artísticas e jornalísticas, baseadas em histórias reais, como a produção da jornalista Daniela Arbex "O holocausto brasileiro" (HOLOCAUSTO BRASILEIRO, 2016) e o filme "Nise" (NISE, 2016) que tratam, respectivamente, do genocídio de pessoas com deficiência no Hospital Colônia em Barbacena e da luta da psiquiatra Nise da Silveira por tratamento psiquiátrico humanizado a pessoas com deficiência mental, denunciam que pessoas com deficiência mental foram tratadas como objeto em diversas circunstâncias. Precisamos estar alertas para que se garanta a dignidade dessas pessoas. O preconceito, de forma mais severa que a própria patologia, exclui e vulnera pessoas.

Fato é que as novas normativas expressamente permitem o exercício de guarda e visitas de crianças e adolescentes por pessoas com deficiência mental. Pretende-se discutir, nesse trabalho, possibilidades de conciliação entre os direitos e interesses de genitores portadores de alguma deficiência mental e os direitos e interesses de seus filhos, crianças e adolescentes em relação a quem possa ser exercida a guarda e ou a visitação.

2. METODOLOGIA

Considerando o objetivo proposto, foi aplicada uma abordagem mista quali-quantitativa, sendo executado em dois momentos complementares: no primeiro momento, realizou-se a análise de dados secundários, através de uma revisão de literatura, considerando autores renomados do Direito de Família, artigos científicos de diversas áreas de estudo e legislações. Neste aspecto, pretendeu-se compreender a possibilidade do exercício de guarda da pessoa com deficiência de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência promulgado em 2015, abordando conceitos como deficiência e guarda, analisando o princípio do melhor interesse da criança e o direito de convivência familiar dos pais e dos filhos.

Em um segundo momento, através de uma abordagem quanti-qualitativa, utilizou-se a análise de conteúdo de acórdãos obtidos através da busca nos sites dos Tribunais de Justiça do Sudeste do Brasil, ocorrida durante o mês de junho de 2019. Objetivou-se, com isso, analisar o exercício da guarda pelo genitor deficiente mental. Nessa busca documental, utilizou-se as expressões “problema mental”, “deficiência mental”, “família” e “guarda” e analisou-se todas as decisões prolatadas, em um total de 05 (cinco).

3. REVISÃO DE LITERATURA

O conceito de dignidade humana está permeado por diversas correntes de pensamento e não convém, nesse artigo, uma larga apresentação teórica acerca delas. Cabe-nos a apresentação de um conceito e da justificativa da escolha dele. A dignidade humana é direito de todo ser humano, independentemente de suas condições fisiológicas, mentais, morais, religiosas ou familiares. Isso implica que nenhum ser humano pode ser relevado à condição de objeto e deve ter sua forma de estar no mundo respeitada pelos demais seres humanos e pelo Estado.

Para se tratar da dignidade das pessoas com deficiência mental, é preciso observar que há muito no Brasil e no mundo, esses sujeitos foram ejetados do convívio social, retirados da condição de escolha. Entende-se que a garantia de dignidade está na possibilidade de exercício de autonomia, em que é proibida a redução da vida humana em uma vida nua, que seria, nos preceitos da bioética “aquela que constitui ‘o conteúdo primeiro do poder soberano’, exprimindo o caráter originário da sujeição da vida a um poder de morte” (ARÁN; PEIXOTO JUNIOR, 2007, p. 853). Isso implica dizer que atribuir a alguém, o pleno poder sobre a vida da pessoa com alguma deficiência, em função da patologia, é reduzir esta pessoa à ausência de vida própria.

Busca-se, nesse artigo, tratar a dignidade das pessoas com deficiência mental, ao lado de todas as demais, nos termos da nossa Constituição de 88 em que todos são iguais perante a lei. Nesse sentido, Costa (2003, p. 155) conceitua dignidade da pessoa humana:

[...] como princípio jurídico, vai designar não o modo de ser da pessoa, não a sua autonomia, ou liberdade, nem a sua

honra ou vida privada, não o direito à opção sexual, ao nome, à associação ou a uma moradia, ou a um eletrodoméstico que não pode ser penhorado, nem ao fato de os contratos deverem obedecer à sua função social, ou cumpridos segundo a boa-fé, nem à circunstância de o estado dever certas prestações sociais como o trabalho, a escola ou o acesso ao sistema de saúde. Indicará, primária e precipuamente, a 'humanidade da pessoa'. Sua função será a de obstar as práticas – provenham de entes públicos ou pessoas privadas – que atinjam a carga de humanidade que em nós está contida.

O Estado deve, portanto, garantir a promoção da dignidade por meio da garantia de um feixe de direitos fundamentais que, de forma inarredável, deve pertencer a quaisquer seres humanos, assegurando a igualdade de condições para se alcança-los.

As pessoas com deficiência mental, pelo fato de serem vistas socialmente como anormais, foram por completo marginalizadas, inclusive juridicamente. Não se conferiu capacidade de agir e de se autodeterminar àqueles que não se comportavam da maneira que a maioria da sociedade espera. Segundo Rosenvald (2016, p. 127):

Por uma longa fase histórica, o beneficiário da plenitude da subjetividade foi o homem burguês, maior, alfabetizado, proprietário. A subjetividade dos demais humanos era cancelada, com a consequente exclusão da esfera pública e redução da capacidade patrimonial. A função ideológica desta concepção é a de imantar a garantia da liberdade na tutela da propriedade, convertendo o direito em guardião da ordem econômica do mercado. De fato, a iluminista civilização do direito civil não permitiu o acesso de alguns homens ao estatuto da capacidade civil. O direito privado optou por uma

postura arredia e implacável perante aqueles que se conduzissem de forma diferenciada nas relações patrimoniais.

No sentido aqui apresentado, a autonomia do indivíduo é um pressuposto. De certo que não se pode compreender juridicamente uma só, sempre nos mesmos moldes, que deva ser garantida a toda e qualquer pessoa que seja portadora de alguma doença mental. É certo que as doenças mentais podem interferir nessa autonomia pelas suas limitações. Contudo, outros fatores também influenciam essa autonomia, como a educação precária, a deficiência econômica (GERMANO, 2012).

Há socialmente arraigada a ideia de que as pessoas com deficiência, especialmente aquelas com deficiência mental, são incapazes e dependem a todo momento de alguém que possa responder por ela. Desenvolveu-se, em relação às pessoas com deficiência, o paternalismo, que considera cuidado o tolhimento da própria pessoa, tratada socialmente, em suas relações interfamiliares, como incapazes, como inaptas ao exercício de autonomia. “O paternalismo pode, em nome do (suposto) bem-estar do outro, infantilizá-lo e sufocá-lo, impedindo sua capacitação para viver uma vida decente e livre, tornando-o, assim, sempre dependente das escolhas alheias” (SCHRAMM, 2008, p. 17)

Quando alguém, na condição de curador ou apoiador de uma pessoa com deficiência, mesmo sabendo de sua possibilidade de se expressar, ignora-a, no âmbito mais íntimo de suas relações, há uma violação da carga de humanidade desse ser humano, ele passa a ter vida nua (ARÁN; PEIXOTO JUNIOR, 2007).

De certo, em alguns casos de deficiência mental, a patologia, por si só, é capaz de gerar incapacidade para prática de atos civis, pela incompreensão até de si mesmo. Ocorre que há no Brasil, considerando os dados no Censo 2010, cerca de 2.617.025 pessoas com deficiência mental ou intelectual, o que representa 1,37% do total da população brasileira” (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA). Não se pode considerar que todas essas pessoas são inaptas, que todas elas estão na mesma realidade de deficiência e de incapacidade. Em muitos outros casos, a deficiência mental/intelectual admite convívio, admite desejos, vontades, afeto, amor. É exatamente por que são seres humanos que estão sujeitos aos erros, acertos e tentativas da vida e, conforme sua deficiência, havendo

necessidade de pessoas que o apoiem em poucos ou em muitos dos atos que venham praticar.

A pessoa com deficiência, assim como todas as demais, nasce no seio de uma família e nesse espaço desenvolve-se através de laços afetivos, de incentivos e conflitos. É de extrema importância que as pessoas tenham convívio familiar, sendo mutuamente respeitadas, especialmente aqueles mais vulneráveis membros de uma entidade familiar. Espera-se que no espaço familiar a pessoa tenha possibilidade de construir-se digna. Ocorre que isso se apresenta como uma dualidade entre liberdade e família:

De muitas formas a família limita o indivíduo, e, pois, o sacrifica em sua pretensão de liberdade. Reversamente, possibilitando-lhe a realização pessoal pelos contatos mais profundos a que dá origem, ela também o liberta, isto é, promove-lhe a personalização através do outro, de modo verdadeiramente insubstituível. (VILLELA, 1980, p. 10)

A família, no âmago de proteger a pessoa portadora de deficiência mental, muitas vezes e por diversos fatores, desconsidera as vontades e manifestações personalíssimas dela, agindo em seu lugar, tolhendo sua liberdade, mas ao mesmo tempo, conferindo cuidados. Segundo Germano (2012) quando o Estado ou a pessoa na condição de autoridade retirar o poder de escolha da pessoa com a deficiência, podendo este escolher, destrói sua liberdade, já que não permite sua livre manifestação de vontade.

Seguindo esse raciocínio e adentrando mais especificamente na temática proposta, tinha-se, até há pouco tempo que, caso a pessoa com deficiência viesse a ter filhos, uma outra pessoa ou o outro genitor não deficiente, seria responsável pela guarda de seu filho, já que a incapacidade por decorrência de deficiência mental, era, até então, tratada como hipótese presumida de incapacidade na codificação civil de 2002, o que impossibilitava o exercício de guarda. "É urgente e de grande relevância a discussão sobre a autonomia do portador de deficiência, justamente pela deficiência ser 'comumente confundida com incapacidade de julgamento e decisão' (BERNARDES *apud* GERMANO, 2012).

Essa urgência traduz na necessidade de tratar as pessoas com deficiência, assim como já está previsto no EPD, como capazes e, tão somente por exceção, como incapazes. É necessário o reconhecimento da capacidade das pessoas com deficiência mental, por meio da possibilidade de exercer escolhas no limite da sua compreensão, de exercer direitos, especialmente aqueles de cunho personalíssimo, é essencial para se alcançar dignidade. Busca-se, em relação às pessoas com deficiência mental, não apenas a previsão normativa de que se tem direitos da personalidade, mas a sua efetividade. “O direito, é, pois, não à personalidade, mas às condições de sua afirmação e de seu exercício na ordem social, no intermundo que é o nosso comum destino (COSTA, 2003, p. 187).

A lei 13.146/15 – o EPD -, modificou o rol das incapacidades descrito no Código Civil de 2002. Não há, seja no rol das incapacidades absolutas, seja no rol das incapacidades relativas, nenhuma causa de deficiência que seja presumidamente uma hipótese de incapacidade. Houve definitivamente a distinção e separação entre os conceitos de deficiência e incapacidade. A pessoa com deficiência, entretanto, pode ser, por meio de processo de curatela^[31] ou por tomada de decisão apoiada^[41], considerada incapaz, com a descrição esborçada dos poderes conferidos ao apoiador ou curador. Não há como se estabelecer, na maior parte dos casos, que a pessoa com deficiência nada pode decidir sobre si mesmo.

O critério anteriormente utilizado eram os diferentes graus de discernimento que, dependendo do caso, definiriam a necessidade de uma maior ou menor proteção da pessoa com deficiência mental em questão. Porém, após o Estatuto, o discernimento parece ter passado a ser presumido, tendo em vista que pela nova regra aqueles que não podem exprimir sua vontade passaram a poder, excepcionalmente, ser considerados relativamente incapazes. Essas alterações, porém, impõe uma análise das incapacidades conforme os elementos do caso concreto, e não por uma prévia classificação, em busca da dignificação da pessoa com deficiência mental. Não seria coerente com o conceito atual

de deficiência a presunção normativa de que as pessoas com deficiência mental seriam relativamente ou absolutamente incapazes (MADEIRA; LIMA; JUNIOR, 2018, p. 125-126)

No que tange à prática de atos familiares, a regra não é diferente: as pessoas com deficiência são plenamente capazes de exercer os atos personalíssimos. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Dec. 6949/09 -, prevê a necessidade de que o Estado tome medidas que busquem a inclusão, pela sociedade, da possibilidade de a PCD exercer atos sexuais e reprodutivos e, por consequência, possam também exercer a guarda, requerer a adoção, dentre outros atos familiares.

Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos (BRASIL, 2009).

Estariam as pessoas com deficiência mental aptas ao exercício de guarda? Caso não possam fazê-lo, como buscar uma solução para que sua impossibilidade de exercer guarda não se transforme no tolhimento de direito da PCD de ter convívio familiar e da criança e adolescente de conhecer seu pai ou sua mãe e conviver com a diferença dele?

O termo “guarda”, tratando-se de proteção aos filhos, significa vigiar e cuidar do melhor interesse da criança e do adolescente, relacionando-se à responsabilidade de cuidados imprescindíveis à criação destes. Nesse sentido, Lauria (2003) conceitua a guarda como sendo um conjunto de direitos e deveres que uma pessoa ou casal exerce em relação à criança ou adolescente, consubstanciado no cuidado pessoal, moral, educacional, bem como diversão e cuidados para com a saúde, consistindo na mais ampla assistência à sua formação.

A guarda decorre da obrigação de cuidado que deve ser cumprida pelos genitores do menor ou por outra pessoa designada – tutor, curador, avós, dentre outros. Quando houver uma disputa de guarda entre os genitores, sendo um deles

portador de deficiência mental ou não, a análise, no âmbito do estudo social considera o melhor interesse do menor. Em relação à condição dos genitores para o exercício de guarda, considera-se a “história de abusos por parte do parceiro/cônjuge; status econômico; interesse e desejo de obtenção da guarda; saúde física e mental; uso de drogas; nível de hostilidade entre o par; flexibilidade; habilidades parentais; cuidados antes e depois da separação em relação ao filho” (SANTOS, 2015, p. 27-28).

Pode-se, nessa disputa, atribuir a guarda unilateral a um dos genitores ou a guarda compartilhada a ambos^[5]. Todavia, ainda que apenas um deles figure como guardião, o direito da criança ao convívio com ambos deve ser preservado. Apenas quando o convívio não for saudável para o menor é que deve ocorrer o afastamento deste do genitor que lhe seja tóxico. Não sendo este o caso e se for considerada a melhor alternativa a atribuição de guarda unilateral, deve ser garantido ao genitor não guardião o direito de visita, caso haja interesse no seu exercício. O que não é correto é impedir o menor do convívio familiar com um dos genitores, sem fundamento.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, assegura à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. Corroborando, a Convenção dos Direitos da Criança determina que toda criança possui o direito de manter relacionamento afetivo e contato direto com ambos os genitores. No Código Civil Brasileiro de 2002, a guarda está inclusa nos direitos e deveres alcançados pelo poder de família, em que compete aos pais, dirigir a criação e educação de seus filhos menores, bem como, tê-los em sua companhia e guarda. O Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe sobre a aplicação, obrigações e deveres inerentes à guarda tais com a prestação de assistência material, moral e educacional.

O direito à convivência familiar entre os genitores e seus filhos é um direito-dever decorrente do poder familiar^[6] exercido através da guarda, ou ainda pelo exercício de visita do genitor não guardião. Nesse sentido, o direito de visita evita o distanciamento de pais e filhos, minimizando os traumas que a perda da convivência poderia causar. O que se tem, portanto, é a determinação, pelo EPD, de que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para exercer o direito

de guarda em igualdade de oportunidades com as outras pessoas, cabendo aos juristas analisar, caso a caso, as possibilidades de compatibilização dos interesses envolvidos no exercício de guarda por genitores com alguma deficiência mental.

Bronfenbrenner, na década de 1970, desenvolveu a Teoria Ecológica, que teve como objetivo o estudo do desenvolvimento humano a partir das relações de um indivíduo com os ambientes naturais que o mesmo convive. Ao reformular sua teoria para uma compreensão bioecológica do desenvolvimento humano, passou a considerar também as características do indivíduo em desenvolvimento em relação às influências de quatro aspectos multidirecionais inter-relacionados, pessoa, processo, contexto e tempo, considerados elementos centrais do modelo ecossistêmico da Teoria Bioecológica de Bronfenbrenner. Essa reformulação é importante para compreender o processo de desenvolvimento de uma criança ou de um adolescente, a relação entre o meio em que esses se relacionam, incluindo os valores e regras que lhes são passados, com o seu percurso. Os sujeitos são considerados agentes dinâmicos do ambiente, sujeitos a mudanças de acordo com a realidade (BRONFENBRENNER, 1977/1996).

A Teoria Bioecológica de desenvolvimento humano foi aqui eleita como aporte para se discutir a importância do convívio de uma criança ou de um adolescente com seus genitores para o seu pleno desenvolvimento, mesmo que um deles possua alguma deficiência mental. Com base nos conceitos trazidos pelo modelo, será discutido como a falta do convívio mais próximo com um dos genitores, por alguma limitação, pode interferir todo um sistema. A abordagem ecossistêmica foca nas relações interpessoais, característica essencial na análise de uma família, em que um dos genitores é impedido de exercer seu direito de guarda por alguma deficiência mental e o direito da criança ou adolescente de conviver com esse genitor.

4. DISCUSSÃO

O instituto da guarda visa à proteção da criança ou adolescente, em desenvolvimento. Há o reconhecimento normativo, portanto de que estes necessitam de cuidados diversos e de que, a priori, os responsáveis por realizar o dever de cuidado seriam os genitores. O que se problematiza são os conflitos

existentes entre os interesses e direitos do genitor com deficiência mental e seus filhos menores.

Para discutir esse conflito aparente, é adequada a utilização da Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humana de Bronfenbrenner (1977/1996), que permite compreender as interações existentes nas relações familiares. Segundo a teoria, as normas e valores convencionais comprometidos pelo ambiente familiar podem ser reproduzidos em outros contextos por generalização. O impedimento do convívio com um dos genitores pode gerar na criança ou adolescente crenças, atitudes, valores ideológicos preconceituosos, como também, um sentimento de abandono, impactando negativamente o seu desenvolvimento ao longo de sua trajetória de vida e o convívio com outros meios. Teixeira (2005) considera a família uma unidade doméstica, em que o comportamento de um exerce influência recíproca e significativa no comportamento de todos os demais indivíduos daquela unidade familiar.

Segundo Dubar (1997), o processo de socialização é visto como a reciprocidade da estrutura mental e social, permitindo inferir ser importante o convívio mais próximo da criança ou adolescente com seus genitores, sem qualquer menção acerca da higidez física ou mental destes. A ausência do convívio pode comprometer o processo de construção coletiva de suas condutas sociais, podendo ser no aspecto cognitivo – regras; aspecto afetivo – valores; ou aspecto expressivo – signos.

4.1. Jurisprudência do Sudeste do Brasil

Ao realizar-se uma pesquisa junto aos sites dos Tribunais de Justiça do Sudeste do Brasil, sem recorte temporal, com objetivo de verificar o entendimento jurisprudencial a respeito da aplicabilidade da guarda ou visitas pelo genitor deficiente mental, observou-se que as 05 decisões de apelação e Agravo de Instrumento encontradas decidiram pela não aplicabilidade da guarda ao genitor com deficiência.

Tabela 1: Pesquisa jurisprudencial nos Tribunais de Justiça do Sudeste do Brasil acerca da aplicabilidade da guarda pelo genitor deficiente.

PESQUISA JURISPRUDENCIAL NOS TRIBUNAIS DO SUDESTE

Descritores Utilizados: "problema mental", "deficiência mental", "família" e "guarda"

Tribunal	Número do Processo	Atribuição da guarda à PCD	Atribuição de visita à PCD	Fundamentos
TJMG	Ap. 10183.08.154802-0/001	Não houve	Não houve	1;2;3;5
TJMG	Ap. 10480.09.138610-6/001	Não houve	Não houve	1;2;4;5
TJRJ	AI. 0014056-43.2017.8.19.0000	Não houve	Não houve	1;2;3;5
TJRJ	Ap. 0019508-77.2012.8.19.024	Não houve	Inconclusivo	1;2;3;5;6
TJRJ	AI. 0047255-22.2018.8.19.0000	Não houve	Não houve	1;2;3;5
TJES	Não foram encontrados acórdãos com pertinência temática			
TJSP	Não foram encontrados acórdãos com pertinência temática			

FONTE: tabela elaborada pelas autoras em junho 2019

Foram encontrados diversos fundamentos distintos nas decisões analisadas e, assim, as autoras elaboraram uma tabela (02) que permite vislumbrar e analisar a última coluna da tabela 01.

Tabela 2: fundamentos jurídicos dos julgados

FUNDAMENTOS JURÍDICOS	
1	Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente
2	Análise das condições dos genitores ou outras pessoas para conferir assistência material, moral e educacional
3	Análise da probabilidade de guarda compartilhada
4	Revelia
5	Análise do distúrbio mental
6	Desconsideração do genitor como PCD

FONTE: tabela elaborada pelas autoras em junho 2019

Ao analisar-se o primeiro acórdão do TJMG (Ap. 10183.08.154802-0/001) publicado em 01/07/2013, observa-se que, em que pese o fato da CDPD já estar em vigência, esta sequer fora citada como fundamentação. Nesse processo, a disputa de guarda dava-se entre o pai, que já detinha a guarda consigo e a mãe, que fora decotada de seu direito de guarda em razão de distúrbios psiquiátricos que lhe provocavam agressividade e oscilações de comportamento. Havia nos autos, laudo que mencionava ser a mãe apta para o exercício de guarda, mas não mais que o pai. O pai já dispensava cuidados aos dois filhos do casal e os filhos sentiam-se bem, confortáveis no lar paterno. Assim, fora sobrelevado o melhor interesse dos menores envolvidos no conflito, mantendo-se a guarda unilateral paterna.

Observa-se ainda, neste acórdão, que o relator considerou que o convívio dos menores com a mãe não deveria ser evitado, pois que seria importante para eles e para recuperação materna. Contudo, apesar dessa menção, que coaduna os interesses conflitantes da mãe com deficiência mental e dos menores, não houve nem mesmo a regulamentação da visita, nem menção aos direitos familiares das pessoas com deficiência nesta decisão.

Nos mesmos moldes, mas diante de circunstâncias fáticas mais graves, o segundo acórdão do TJMG (Ap. 10480.09.138610-6/001) tratou de uma situação de disputa de guarda, em que a avó paterna requeria a guarda dos três netos. A genitora quedou-se inerte, tendo sido decretada a revelia. Apesar de haver provas de que a genitora possuía transtornos mentais, esse não fora o ponto de discussão do processo. A mãe havia agressivamente matado o pai das crianças e encontrava-se presa e a avó já possuía há muito a guarda de fato. Não é um julgado importante para a discussão que por hora se faz.

Os julgados do Tribunal de Justiça do RJ não trazem nenhuma novidade em relação aos encontrados em Minas Gerais. Tratam o tema guarda como pertencente ao interesse dos menores presentes no litígio. O intuito é tão somente a proteção destes, sem carrear qualquer discussão acerca dos interesses ou dos direitos das pessoas com deficiência. Não é feita menção acerca da CDPD. Sendo que na

Apelação de nº. 0019508-77.2012.8.19.024, a guarda do filho foi concedida ao pai, já que a mãe possuía problemas psicológicos, sendo que o filho, que há época se encontrava com 12 anos manifestou o desejo realizar a visitação à mãe em finais de semana. Contudo, não é possível afirmar que a visita foi regularizada neste acórdão, já que, por se tratar de processo em segredo de justiça não foi possível a visualização de seu inteiro teor:

Apelação cível. Ação de Guarda. Autor, genitor do menor, alega que a ré (genitora) é portadora de problemas psicológicos. Procedência. Laudos de estudo social que apontam que a recorrente é portadora de distúrbios psicológicos, tendo inclusive reconhecido o próprio adoecimento psíquico e admitido não ter matriculado o filho em qualquer estabelecimento de ensino no ano letivo de 2014. Menor que manifestou o desejo de residir junto ao pai, realizando a visitação à mãe em finais de semana, devendo ser ressaltado que à época da realização da audiência já contava com quase 12 anos de idade, possuindo tem plenas condições de expressar a sua vontade. Conjunto probatório que evidencia que a ré apelante não se encontra em perfeita saúde mental para assumir a guarda de seu filho. Genitor que reúne melhores condições para o exercício da guarda. Prevalência do princípio da proteção integral ao menor. Teor do art. 227 da Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Sentença mantida. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC (TJRJ – AP. 019508-77.2012.8.19.0204, julgamento 20/04/2015, rel. Des. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS).

Nos tribunais do Espírito Santo e de São Paulo, não se encontrou nenhum acórdão com pertinência temática.

O resultado encontrado denota a invisibilidade e ao mesmo tempo a importância de se discutir a presente temática. Não há muitos pedidos judiciais que tenham alcançado a segunda instância que versem sobre o pedido de guarda e/ou visitação por PCD. Não há elementos para uma conclusão, mas é provável que o Brasil, enquanto estado-parte da CDPD não tenha ainda desenvolvido políticas que permitam que as pessoas com deficiência saibam que possuem direito à convivência familiar. Nesse sentido, em que pese a regulamentação, ainda estamos muito a quem de uma efetiva inclusão dessas pessoas.

Essa realidade pode ser observada em outros países, como nos Estados Unidos, em que estudos indicam que as taxas de remoção dos filhos de pais que possuem deficiência psiquiátrica foram encontradas em 70% a 80%; em relação à deficiência intelectual, as taxas variam de 40% a 80%; e em famílias onde a deficiência dos pais é física, 13% relataram tratamento patologicamente discriminatório em casos de custódia. O fundamento mais utilizado nos tribunais americanos, para essa prática, é o melhor interesse da criança. Contudo, ao autor aponta que este fundamento tem sido criticado por afetar fortemente as decisões de custódia e visitação de pais deficientes, o que muitas vezes tem consequências significativas e prejudiciais para os pais e seus filhos (YOUNG, 2012).

Para este autor, os pais com deficiências psiquiátricas são os que mais sofrem com a retirada de seus filhos, devido ao senso comum de que pessoas com deficiências psiquiátricas são perigosas Segundo Toole (2002) "*Às vezes é a falta de questionamento que é a gênese da lacuna de pesquisa.*" Devido à ausência de dados substantivos nos níveis local e nacional, de pais com deficiência, estes permanecem praticamente invisíveis, afetando a disponibilidade de recursos ou a motivação para criar novos recursos (YOUNG, 2012).

4.2. Solução para Compatibilização dos Interesses

Conforme a Tabela 01, percebe-se que, a guarda de filhos pelos pais deficientes não é aplicada no Sudeste do Brasil. E pelo número de acórdãos encontrados, observa-se que essa problemática vai além, pois sequer esse pleito é levado à apreciação do judiciário, o que torna a questão, preocupantemente, invisível e difícil de ser demudada.

Contudo, o convívio familiar é de extrema importância, tanto para a criança como para o genitor deficiente. Esse direito é "*tão importante quanto o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade*" (MPF, 2019).

Os laços familiares representam segurança e proteção para a criança e adolescente e impedi-los do convívio com um dos seus genitores, por alguma deficiência mental poderia, conforme análise casuística, comprometer o seu desenvolvimento. A família, no campo das ciências sociais, é considerada como unidade emocional, transformativa e afetiva de referência, exercendo um papel importante para o bem-estar e o desenvolvimento da criança e do adolescente (FIGUEIREDO, 2009).

É provável que a deficiência mental implique em redução da capacidade de exercer tarefas do cotidiano, em virtude das limitações advindas da doença ou da não inclusão social. Entretanto, não é adequado pressupor que o genitor portador de deficiência não seja capaz de exercer seus direitos e deveres em relação a seus filhos. O dever de cuidado vai muito além do cuidado pessoal e educacional, está relacionado também ao cuidado moral e social, imprescindíveis para o pleno desenvolvimento de uma criança ou adolescente.

O que se percebeu, na análise dos escassos julgados, é que a guarda é conferida ao genitor que possui melhores condições de cumprir as obrigações de cuidado com a criança ou adolescente, com a pressuposição de que o genitor com deficiência mental, em razão da patologia, não poderia adequadamente cuidar. Isso fora decidido, mas não parece ter havido, pela análise dos elementos presentes nos documentos pesquisados, uma averiguação minuciosa da limitação do genitor com deficiência ou a sua possibilidade de exercer a visita e, por consequência, a regulamentação desta.

No acórdão Ap. 10183.08.154802-0/001, publicado em 01/07/2013, do TJMG em que o relator Des. Washington Ferreira, afirma que:

Não me afastado dos autos, que demonstrou que em determinadas situações o convívio dos menores com a sua genitora deveria ocorrer sob os olhos de terceiros, de uma

análise dos elementos probatórios, pude concluir que **uma aproximação dos filhos com Apelante / Ré poderá trazer benefícios para todos os envolvidos neste núcleo familiar, já que incontestemente o afeto dos menores pela sua mãe.**

É verdade que a situação vivenciada pela genitora lhe traz angústia, agonia, inquietação, influenciando em seu quadro psíquico, por sofrer problemas de ordem mental. Portanto, **uma reaproximação dos filhos, mesmo que seja mediante acompanhamento, além de contribuir para o seu equilibrado emocional, poderá assegurar a todos uma convivência saudável.** (Ap. 10183.08.154802-0/001, pub. 01/07/2013, TJMG, rel. Des. Washington Ferreira). Destacamos

Mesmo diante da ponderação do Relator Washington Ferreira, de que a aproximação da mãe deficiente com seus filhos contribuiria para o seu equilíbrio emocional e asseguraria o direito de ambos ao convívio familiar, nenhum direito foi assegurado à mãe, nem mesmo uma visita assistida.

Nesse sentido, nos casos em que houver disputa de guarda e for constatado que um dos genitores possui deficiência mental, a decisão deve ser alinhada às normativas que visam à proteção dessas pessoas, ao lado do melhor interesse da criança e do adolescente. A normativa atual pressupõe a capacidade plena da PCD, tratando a incapacidade como medida de exceção e possibilitando, neste caso, a limitação da capacidade pela curatela ou pela tomada de decisão apoiada.

É possível, portanto, que a PCD seja reconhecida como capaz ou como relativamente incapaz, neste caso tendo ela um curador ou apoiador. Na hipótese de incapacidade em função da deficiência, os atos que ela não pode praticar devem ser discriminados, análise a ser feita também casuisticamente, com apoio no laudo elaborado por equipe multidisciplinar. É possível, também, que a pessoa possua uma deficiência mental e não seja nem curatelada, nem apoiada, por não ter sido judicializada a questão. Nesses casos, entende-se, considerando todos os argumentos aqui já tratados, que é no processo que se discute a guarda que deva ser analisada as limitações decorrentes da deficiência, por perícia que guarde

correlação com a previsão do EPD no que tange à análise por equipe multidisciplinar.

Assim, pressupor que o genitor, pelo fato de ser portador de uma deficiência mental, teria menos condições de exercer guarda ou que não teria condições de fazê-lo, sem apresentação de nenhuma alternativa para salvaguarda dos seus direitos e interesses, é preconceito e não fundamento jurídico.

5. CONCLUSÃO

Através da discussão apresentada, percebe-se que o preconceito em relação à PCD mental é enraizado culturalmente ao ponto de ser invisível aos aplicadores do direito as reais questões que tangenciam as discussões de guarda nas ações judiciais. A PCD é vista, no imaginário social, ainda como “louco de todo gênero”, como perigoso, como imprevisível e, por isso, pressupostamente incapaz de conviver. O que talvez não se queira perceber é que a PCD possui uma patologia, passível de tratamento ou até de cura e que deve assim ser tratado. Há situações que a deficiência inviabiliza o exercício da guarda, contudo isso não pode ser pressuposto, necessita de averiguação casuística.

Assim, o que a princípio poderia ser visto como um entrechoque principiológico entre o interesse do menor, e o direito dos pais deficientes ao convívio com o filho, ao final observa-se a possibilidade de aplicação de ambos, com a devida harmonia, de modo, que seja capaz de atender à proteção familiar num todo, já que, tanto os interesses dos pais deficientes, quanto dos filhos são legítimos.

Nesse sentido, é preciso analisar cada processo, para que então, o magistrado, com auxílio de uma equipe multidisciplinar (psiquiatra, psicólogo, assistente social) possa identificar o melhor arranjo para garantir a convivência familiar.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARÁN, M.; PEIXOTO JUNIOR, C. A. Vulnerabilidade e vida nua: bioética e biopolítica na atualidade. **Revista de Saúde Pública**. v.41, n.5, p.849-57.2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, dez. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF, julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: jun. 2019.

BRONFENBRENNER, U. **A ecologia do desenvolvimento humano:** experimentos naturais e planejados. Porto Alegre: Artmed, 1996. (Obra original publicada em 1977).

COSTA, J. M. **Pessoa, personalidade, dignidade:** ensaio de uma qualificação, 2003. Tese de livre-docência em Direito Civil. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

DINIZ, D. **O que é deficiência?** 1. Ed. Coleção primeiros passos. São Paulo: Editora Brasiliense: 2012.

DINIZ, M. H. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, V. 5, n.2, p. 263-288, Mai.-Ago. 2016.

DUBAR, C. **A socialização construção das identidades sociais e profissionais.** Tradução Silva, A.S. UFES. BC. AG. 1997.

FIGUEIREDO, M. H. J. **Enfermagem de Família**: Um contexto do cuidar. 2009. 550f. Tese de Doutorado em Ciências da Enfermagem. Porto: Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, Universidade do Porto. 2009.

GERMANO, L. do N. **Autonomia do indivíduo com deficiência**: estudo de caso no transtorno invasivo do desenvolvimento. 2012. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012.

HOLOCAUSTO BRASILEIRO. Direção de Armando Mendz e Daniela Arbex. Brasil, 2016 (90 minutos).

LAURIA, F. G. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MADEIRA; D. F. P.; LIMA, A. B. de; ROCHA JUNIOR, P. S. Análise da situação jurídica do portador de doença mental no Direito Civil hoje. **Revista de Direito**. Universidade Federal de Viçosa. Departamento de Direito, V. 10, n 1, p. 99-132. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7. Câmara Cível). **Apelação Cível: 1.0183.08.154802-0/001**, Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA, julgamento em 25/06/2013, publicação da súmula em 01/07/2013. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0183.08.154802-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

MPF. **Ministério Público Federal**. Disponível em: <<http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria/a-lei-garante-o-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria>> Acesso em: 24 de junho de 2019.

NISE: o coração da loucura. Direção de Roberto Berliner. Brasil, 2016 (108 minutos). RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (10. Câmara Cível). **Apelação Cível: 0019508-77.2012.8.19.0204**, Relator: Des. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS julgamento em 20/04/2015. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.3.3>>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

ROSENVALD, N. Aplicação no Brasil da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, IDIBE, v. 4, p. 123-143 2016.

SCHRAMM, F. R. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. **Revista Bioética**. v. 16, n. 1, p. 11-23, 2008.

SANTOS, Marcia Regina Ribeiro dos. **A criança na disputa de guarda em contexto da avaliação psicossocial: a voz, o sofrimento e o enfrentamento**. Tese de doutorado. Brasília: Universidade de Brasília, 2015.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. **Resultados Preliminares da Amostra/Censo 2010**. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/indicadores/censo-2010>.

Acesso em: 20 jun. 2019.

TEIXEIRA, K. M. D. **A administração de recursos na família: Quem? Como? Por quê? Para quê?** Viçosa, MG: Editora UFV, 2005.

U.S. ChildrenNational Council on Disability. **Rocking the Cradle:Ensuring the Rights of Parents with Disabilities and Their Children**. 354f. September 27, 2012. Disponível em: < <https://www.ncd.gov/publications/2012/Sep272012>>. Acesso em: jun. 2019.

VILLELA, João Batista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, p. 9-46, 1980.

NOTAS:

^[1] Roselaine L. Toledo: Graduada em Direito pela Escola de Estudo Superiores de Viçosa-MG, Especializando em Direito Civil Pela Faculdade Anhanguera e Mestranda em Economia Doméstica pela Universidade Federal de Viçosa-MG. CV: <http://lattes.cnpq.br/1167948792678070>. Rua José Samartine, 465, Centro, CEP: 36580-000, Teixeira – MG. Telefone: (31) 99374-4595. E-mail: roseltoledo@yahoo.com.br.

^[2] Andréia L. Costa: Graduada em Direito pela Escola de Estudo Superiores de Viçosa-MG, Especialista em Direito do Trabalho pela Candido Mendes, UCAM; Mestre em Economia Doméstica e Doutoranda em Economia Doméstica pela Universidade Federal de Viçosa-MG. CV: <http://lattes.cnpq.br/8598802738453600>. Rua Sebastião Rezende Andrade,115/102, Quinta Quimaraes, CEP: 36570-422, Viçosa – MG. Telefone: (31) 98533-8890.E-mail: andreialanacosta44@gmail.com

^[3] Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

^[4] Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. § 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito a vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. § 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo. § 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. § 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. § 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. § 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. § 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. § 8º Se procedente a denúncia, o juiz

destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. § 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. § 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado a manifestação do juiz sobre a matéria. § 11. Aplicam-se a tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes a prestação de contas na curatela.”

^[5] A menção às modalidades de guarda – unilateral e compartilhada - tornou-se necessária para demonstrar como se realiza o convívio familiar dos pais e seus filhos, mas não se trata do objeto dessa pesquisa.

^[6] O poder familiar constitui uma responsabilidade comum dos genitores, de prestar aos filhos, menores e incapazes, o necessário ao seu sustento como alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, saúde, nos termos dos artigos 227 da Constituição Federal e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo esse poder decorrente tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, sendo suas obrigações de caráter personalíssimo (RODRIGUES, 2004)

A INFLUÊNCIA DOS MEIOS ELETRÔNICOS NA CRIMINALIDADE DE MASSA

Josy Caetano de Almeida, o autor:
Escrevendo no conteúdo jurídico desde:
06/08/2019

RESUMO: O presente trabalho aborda o nascimento da comunicação e as formas que os seres humanos expressavam-se antes da linguagem ser criada, fato esse que permitiu a perpetuação da espécie humana. Essa comunicação que surgiu como forma de sobrevivência às adversidades da vida pré-histórica passou por várias transformações, exercendo um papel primordial na sociedade. A comunicação passa a ter a necessidade de atingir as massas populacionais que se aglomeravam nos centros urbanos em razão da Revolução Industrial. Surgem as Teorias da Comunicação que visaram explicar como essa comunicação influenciava no comportamento social, abordando, em cada Teoria, diferentes aspectos e conclusões desse impacto. Após essas breves exposições serão analisados os aspectos criminológicos da criminalidade de massa e o descoberta do “efeito imitador” e “efeito manada” constatados pelos estudiosos nas chacinas ocorridas no Brasil e no exterior. Casos verídicos de crimes em massa serão analisados e explicados, com foco na pesquisa da influência da internet como difusor da conduta delitiva. Superada essa análise, serão detalhadas as Escolas Sociológicas da Criminologia no que tange ao impacto social que a mídia traz às pessoas e o aumento da delinquência, com atenção as teorias do consenso e do conflito. Ressalta-se, ainda, a abordagem das Teorias da Subcultura delinquente, Anomia, do Etiquetamento e ao fim, não menos importante, a criminologia midiática.

Palavra Chave: Comunicação; Criminalidade Virtual; Crimes em Massa; Impacto das Redes Sociais; Internet Profunda (Deep Web); Criminologia Midiática.

ABSTRACT: The present work deals with the birth of communication and the forms that human beings expressed before language was created, a fact that allowed the perpetuation of the human species. This communication that emerged as a way of surviving the adversities of prehistoric life underwent several transformations, playing a primordial role in society. Communication has the need to reach the population masses that were crowded in the urban centers due to the Industrial

Revolution. The Theories of Communication arise that aimed to explain how this communication influenced social behavior, approaching, in each Theory, different aspects and conclusions of this impact. After these brief expositions will be analyzed the criminological aspects of mass criminality and the discovery of the "imitative effect" and "herd effect" ascertained by scholars in the slaughtering that occurred in Brazil and abroad. Real cases of mass crimes will be analyzed and explained, focusing on the investigation of the influence of the internet as a diffuser of delinquent conduct. Once this analysis is over, the Sociological Schools of Criminology will be detailed in what concerns the social impact that the media brings to the people and the increase of delinquency, with attention to the theories of consensus and conflict. It is also emphasized the approach of Delinquent Subculture Theories, Anomia, of the labeling and to the end, not least, the media criminology.

Key Words: Communication; Virtual Criminality; Mass Crimes; Impact of Social Networks; Deep Web; Media Criminology.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A COMUNICAÇÃO. 1.1 O Surgimento e Evolução da Comunicação. 1.2 A Comunicação Social. 1.3 Teorias sobre a Influência da Comunicação em Massa. 1.3.1 Teoria Hipodérmica. 1.3.2 Teoria da Persuasão. 1.3.3 Teoria Empírica de Campo. 1.3.4 Teoria Funcionalista. 1.3.5 Teoria Crítica. 1.3.6 Teoria Culturológica. 1.3.7 Teoria do Agendamento. 2 A CRIMINOLOGIA E A COMUNICAÇÃO. 2.1 A Influência dos Meios de Comunicação na Criminalidade de Massa. 2.2 A Criminologia no Estudo da Criminalidade em Massa. 2.3 O Efeito Imitador (copycat) e os Crimes Eletrônicos. 2.4 O Impacto da "Deep Web" na Criminalidade em Massa. 2.5 A Disseminação de Notícias Falsas como Fator Criminológico. 3 A Criminologia e a Análise do Impacto Social da Mídia. 3.1 As Escolas Sociológicas da Criminologia e a Influência dos Meios Eletrônicos na Criminalidade de Massa. 3.2 A Nova Criminologia (Teoria do Etiquetamento na Análise dos Impactos da Comunicação). 3.3 Criminologia Midiática e Criminalidade de Massa. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIAS.

INTRODUÇÃO

A comunicação surge em virtude da necessidade de sobrevivência da espécie humana. Através dela foi possível a perpetuação da sociedade ao permitir-se a transferência de conhecimentos passados de gerações em gerações.

Com o desenvolvimento da linguagem foi aperfeiçoada a maneira de adquirir e repassar os conhecimentos internalizados. Destaca-se que a primeira revolução na comunicação ocorre com a invenção da escrita, responsável pelo desenvolvimento da cultura dos povos medievais.

A influência dessa grafia foi tão significativa que muitos historiadores determinam que a escrita foi o grande marco que colocou fim a fase pré-histórica e deu início a civilização.

Superada essa análise da escrita, surgem as primeiras ideias sobre a importância da comunicação em massa. Teóricos listaram teses para explicar como a informação impacta na vida das pessoas, e como estas compreendem tal mensagem. Esses estudos geraram o que se convencionou chamar de "Teorias da Comunicação"

Boa parte dos pesquisadores afirma que a comunicação social (massa) sempre causa impacto no receptor, podendo ser de cunho positivo ou negativo. O foco da análise criminológica do delito baseia-se nas consequências que a mídia, de um modo geral, influencia na conduta criminosa.

Não se pode olvidar que é de extrema dificuldade mensurar o impacto que a comunicação, principalmente a eletrônica, pode gerar na mente de uma pessoa tendente ao desvio.

Por isso serão abordados os papéis que a mídia desempenhou ao longo da história e as teorias que buscaram entender os fatores criminológicos apontados como desencadeantes da conduta desviante.

Ademais, serão analisadas as escolas sociológicas da criminalidade por enfoques teóricos distintos, com o fulcro em estabelecer os motivos que levaram a pessoa a delinquir.

Nas teorias sociológicas do consenso merecem destaque as teorias da subcultura delinquente, associação diferencial e anomia, que vão explicar a elevação vertiginosa dos crimes praticados por intermédio dos meios eletrônicos, traçando o perfil do criminoso e os motivos que o fizeram delinquir.

Já a teoria sociológica do conflito será dado destaque a Teoria da Rotulação Social, corrente de pensamento advindo da Criminologia Crítica. Derivando dessa linha de entendimento do fenômeno criminal, surge a “criminologia-midiática” expressão criada pelo jurista argentino Eugênio Raul Zaffaroni (1991), na obra “A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar”.

Através dessa obra, Zaffaroni (1991) apontou o excesso de símbolos criados pela imprensa, e como esses meios de comunicação tem o poder de “criar” crimes e estabelecer “estereótipos midiáticos”

Percebe-se, assim, que a influência da comunicação na sociedade é um tema deveras complexo, extenso e recheado de peculiaridades. A evolução da informática cresce diariamente e, conseqüentemente, são criados novos meios de propagar uma informação.

Em razão dessa diversidade comunicacional não se consegue ter um senso comum sobre o real impacto da internet e, por isso, novas teorias surgem no cenário mundial para aferir essa influência.

1. A COMUNICAÇÃO

1.1 O Surgimento e Evolução da Comunicação

Ao estabelecer que “a comunicação está presente em tudo que nos rodeia” muitas pessoas não questionariam essa assertiva, já que na atualidade os variados meios de comunicação existentes estão presentes no cotidiano de toda a população. Mas, de outro modo, atribuir a sobrevivência da espécie humana à comunicação poderia causar certa estranheza.

Não de outro modo, muitos pesquisadores asseveram que a escrita é o marco que inicia a história da humanidade, visto que não existiria qualquer tipo de sociedade sem a comunicação.

Bordenave (1987, p. 17-18), em consonância com o exposto, afirma em sua obra: “[...] a comunicação não existe por si mesma, como algo separado da vida da sociedade. Sociedade e comunicação são uma coisa só. Não poderia existir comunicação sem sociedade, nem sociedade sem comunicação.”

O desenvolvimento dos seres humanos e a comunicação sempre estiveram umbilicalmente interligados, visto que, antes da língua falada ser criada, os povos primitivos desenvolviam um tipo de comunicação rudimentar, sejam através de gestos, sons, expressões, como também, desenhos e escritos rupestres.

Essa nova linguagem surge da necessidade dos povos em se comunicar, nascendo o espírito de solidariedade entre as gerações desse mesmo grupo. Um exemplo disso são as pinturas rupestres que foram utilizadas, muitas vezes, para alertar os outros seres humanos sobre locais perigosos ou técnicas de sobrevivência como pesca, caça e etc.

Antonio F. Costella (2001, p. 13) relata: “a história da comunicação se inicia no momento em que os integrantes de um primitivo agrupamento humano começaram a se entender por gritos, gestos com os quais externaram intenções e indicaram objetos”

Essa comunicação rudimentar permitiu que essas técnicas recém-criadas, pudessem ser repassadas aos demais membros da mesma tribo através do desenvolvimento dessa linguagem, tornando possível a perpetuação das comunidades nas adversidades vividas à época.

Nessa toada o escritor Pérsio Santos de Oliveira (2010, p. 10-11), em sua obra “Introdução à Sociologia” afirma que: “... os primeiros seres humanos só conseguiram sobreviver às difíceis condições do mundo que os cercavam por que contaram com o apoio e a solidariedade do grupo a que pertenciam.”

Através do estudo desses registros deixados pelos antepassados foi possível compreender como os povos desenvolviam-se, como surgiram as primeiras cidades e como era o cotidiano dessas pessoas que viveram há milhares de anos.

Historiadores apontam que 8.000 a.C as primeiras pinturas nas cavernas já eram impressas nas rochas como forma de comunicação, com o objetivo de externar sentimentos e preocupações do dia-a-dia da comunidade.

Na comunicação, foram identificados quatro sistemas distintos de escrita oriundos das civilizações da Mesopotâmia, Egito, América Central e China.

Nesse diapasão histórico destaca-se a escrita cuneiforme, desenvolvida pelos Sumérios, na Mesopotâmia. Criada através da confecção de placas em forma de cunha. Essas placas eram levadas a um tipo de forno para que a argila em contato com o calor ficasse dura e gravasse aquela informação permanentemente, demonstrando a preocupação dessa civilização em desenvolver uma comunicação mais duradoura.

Essa civilização viveu há aproximadamente 3.500 a.C. e realizou, através da comunicação cuneiforme, inúmeros registros referentes: ao cotidiano, controles administrativos e contábeis, além de atos políticos da época.

Além da escrita cuneiforme, não se pode olvidar da importância histórica dos hieróglifos criados pelos povos do Egito. Essa forma de escrita foi utilizada em 3.100 a.C, chamada pelos gregos de "hieros glyphós" ou "escrita sagrada", baseada em símbolos pictográficos que ultrapassavam seiscentos caracteres. (SIRUGI, 2006)

Os egípcios, além da escrita hieroglífica, desenvolveram outros dois tipos de escrita: a hierática e a demótica. A primeira utilizada para fins comerciais, e a segunda foi criada para ser mais popular, portanto mais simples. (AGUIAR, 2019)

A forma de comunicar começou a depender para qual pessoa seria a receptora daquela informação, ou a nobreza ou o clero.

O estudo dessa linguagem foi realizado, no século XIX, pelo francês Jean-François Champollion, que analisou uma pedra contendo hieróglifos e obteve a

primeira tradução dessa comunicação e, por isso, ficou conhecido como “fundador da egiptologia”

Na América Central destaca-se a cultura e linguagem privativamente criada pelos povos Maias e Astecas. Os Europeus, todavia, destruíram documentos e escritos da época, dificultando que o material recuperado fosse decifrado em sua integralidade. (FIOCRUZ, 2015)

E, por fim, a China desenvolveu seu sistema de escrita que influenciou o desenvolvimento da cultura mundial. Pesquisadores encontraram em ruínas sinais de cinquenta tipos de escrita. A partir de 16 a.C na Dinastia Shang ocorreu uma sistematização desses variados tipos de grafia, a fim de facilitar a comunicação entre os chineses que é a mesma utilizada até hoje.

Percebe-se, de maneira ainda introdutória, que tanto o desenvolvimento como a sobrevivência da humanidade deve-se à linguagem criada por cada um dos povos listados acima, pois além de obrigar as pessoas conviverem em sociedade faz com que as relações ganhem características efetivamente humanas, como o desenvolvimento da cultura e as regras sociais.

1.2 A Comunicação Social

Conforme explanado no título anterior, a necessidade em perpetuar a espécie humana pautou a indispensabilidade em desenvolver algum tipo de linguagem, permitindo que culturas fossem criadas e repassadas de gerações em gerações, o que resultou na criação das regras sociais daquela comunidade.

Nesse sentido, Gontijo (2004, p. 11) pontua que:

A história das comunicações evolui no mesmo trilho da história da humanidade. Pelo simples fato de que a última só existe porque de alguma forma foi relatada de pai para filho, de tribo para tribo, de cidade para cidade, de país para país por meio de indivíduos e de tecnologias que expandiram os recursos do corpo humano. *Os meios de comunicação são*

extensões de nosso corpo, e suas mensagens, de nossos sentir e pensar.

A evolução da humanidade e a comunicação sempre caminharam juntas. Ao passo que foram sendo criadas outras comunidades, a comunicação deparava-se com a necessidade em criar outros meios de alcançar essa nova população.

A grande dificuldade era multiplicar essa informação gerada por um único emissor e fazer com que o maior número de receptadores ficasse informado daquilo, fazendo surgir à necessidade de inventar mecanismos que servissem de transporte para aquela mensagem.

Era preciso compreender a relação da sociedade com a informação recebida, e descobrir algum método que funcionasse como um difusor daquela informação.

Santos *et al* (2013) ressalta que entendendo a importância dessa disseminação de ideologias, em Roma, 59 a.C, o Imperador Júlio César criou o primeiro jornal que se tem notícia, chamado "Acta Diurna" com o objetivo profícuo de informar ao público dos acontecimentos sociais, políticos, campanhas militares, julgamentos e execuções.

Esse jornal era confeccionado em grandes placas brancas que ficavam expostas em locais onde transitavam muitas pessoas. Nota-se que o Imperador já enxergava esse jornal um meio de influenciar seus súditos.

No decorrer da história, outros meios de comunicação foram surgindo, com destaque para os chineses que produziram o primeiro jornal em papel em Pequim, em 713 d.C, mas por se tratar de um panfleto manuscrito dificultava e encarecia muito a realização de cópias desse material.

Foi apenas em 1445, com a descoberta da tipografia, obtida pelo alemão Johann Gutemberg que se tornou possível multiplicação dos escritos produzidos à época, de maneira mais rápida e com custo menor em comparação a técnica do manuscrito que vigorava até a invenção ser criada. Esse sistema de prensa tipográfica foi considerado o marco inicial da comunicação social.

Corroborando com o entendimento exposto, ressalta João Batista Perles (2007, p. 13): “O surgimento do *sistema tipográfico gutenberguiano* é considerado a origem da comunicação de massa por constituir o primeiro método viável de disseminação de ideias e informações a partir de uma única fonte.”

Passa-se com o tempo a discutir e criar meios de comunicação, surgindo grandes avanços com a descoberta da eletricidade. O exemplo disso foi à criação do telégrafo elétrico, no século XVIII, por Samuel Morse, o qual inventou o envio de mensagens codificadas a longas distâncias, inaugurando no período um tipo de criptografia com o intuito de proteger o conteúdo daquela informação.

Essa descoberta foi tão revolucionária que até hoje meios de transporte aéreo e fluvial utilizam essa linguagem, chamada “Código Morse”.

No século XIX surgem no cenário mundial a televisão e o rádio como os principais propagadores de informação. Essa comunicação ganhou rapidez e qualidade, atingindo uma infinidade de ouvintes ou telespectadores sem conseguir distingui-los de forma individual.

O comportamento social passa a ser condicionado em razão da massa populacional que se aglomerava em centros urbanos em busca de emprego. Surgia a necessidade de aprimorar os meios de comunicação, para que eles fossem capazes de propagar-se entre a classe de trabalhadores, que no final do século XIX, possuíam um maior poder aquisitivo.

Esse movimento gerado pela Revolução Industrial forçou as pessoas a migrarem de suas regiões para centros urbanos, fazendo com que seus hábitos tradicionais fossem abandonados e, conseqüentemente, passaram a comportar-se de modo igual, surgindo uma massa homogênea de indivíduos diferentes.

Manifesta-se, em 1908, o início da produção em massa de produtos para atender essa população. Foi à montadora de veículos *Ford Motor Company* a responsável pela criação do primeiro carro popular. A partir dessa produção em massa da indústria automotiva a classe trabalhadora conseguiu comprar seu carro, que na época eram destinados aos mais abastados.

Era preciso aprimorar os meios, para que eles conseguissem informar toda sociedade sobre os fatos do cotidiano, assim como, fazer a propaganda dos bens produzidos em larga escala pela indústria.

O rádio, que teve sua criação aperfeiçoada em virtude dos fins militares da Primeira Guerra Mundial, passa em 1916 a possuir sintonizadores que permitiam o ouvinte escolher em diferentes estações, fato esse que trouxe milhares de consumidores e anunciantes. No Brasil o rádio teve seu ápice em 1930, no governo Getúlio Vargas.

O rádio foi sendo gradualmente substituído nos anos seguintes pela Televisão, que se tornou o principal meio de comunicação em massa na medida em que os aparelhos foram ficando mais acessíveis à população.

Seguindo a mesma origem bélica do rádio, surge em 1969 nos Estados Unidos a rede mundial de computadores chamada de Arpanet. Essa invenção tinha a finalidade de manter a comunicação entre os militares mesmo em casos de bombardeios. (SILVA, 2001)

Discorre Alessandro Barata (2002) que:

A Internet teve início em plena guerra fria, e foi utilizada como uma arma norte-americana de informação militar. E possuía como principal função interligar todas as centrais de computadores dos postos de comando estratégicos, fazendo com que os americanos, se prevenissem de uma suposta ofensiva russa. Porém se ocorresse algum imprevisto em um desses pontos estratégicos e os americanos fossem atacados, os demais pontos continuariam funcionando de forma autônoma, auxiliando e fornecendo informações a outros centros militares.

A partir de 1992 são criadas as primeiras empresas provedoras de internet, causando uma revolução na comunicação mundial. Agora o receptor não se limitava

a apenas receber informação, ele poderia produzir, alterar ou envia-lá para qualquer pessoa.

Além dessa inovação no jeito de comunicar, o computador transformou-se em um condensador de mídias, ou seja, era capaz através de um único aparelho ter acesso a todos os outros meio de comunicação em massa (rádio, televisão, jornal, revistas), causando a supremacia dessa tecnologia em detrimento das demais.

Para se ter a dimensão desse crescimento, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgou que 116 milhões de pessoas estavam conectadas à internet em 2016, no Brasil. Além desse crescimento, outra pesquisa revelou que 63,3% das casas em território nacional possuíam acesso a rede mundial de computadores.

Nessa esteira discorre Magalhães (2010):

A evolução da tecnologia das redes de computadores permitiu um avanço na geração de diferentes formas de comunicação entre as pessoas. Pois através das redes de computadores é possível conectar-se superando grandes distâncias e alcançando grandes velocidades de comunicação.

Essa crescente vertiginosa da internet trouxe consigo a vontade das pessoas em ganhar visibilidade nessa nova sociedade virtual, seja através de postagens em redes sociais, como também, publicação de vídeos e fotos nos mais variados sites. Tudo isso com o objetivo de chamar a atenção dos outros usuários da rede.

A célebre frase de Andy Warhol embasa esse fenômeno: "No futuro, todos terão direito a quinze minutos de fama".

Para compreender melhor o impacto que a comunicação causa no receptor, muitos estudiosos desenvolveram teorias que buscaram explicar quais fatores teriam a capacidade de manipular ou não as pessoas através da informação veiculada.

Nessa toada será discorrido os aspectos principais dessas Teorias que estudam e explicam os efeitos da comunicação massa.

1.3 Teorias sobre a Influência da Comunicação em Massa

Com o aprimorando da comunicação pesquisadores começaram a estudar os efeitos que ela despertava nas pessoas. Os estudos das teorias da comunicação iniciaram-se na Europa a partir da Primeira Guerra Mundial (1914 - 1918), nesta época a tecnologia midiática se tornara popular. Os principais movimentos identificados por estas teorias foram o Stalinismo Russo, o Fascismo Italiano e o Nazismo Alemão.

Essas teorias reuniram um conjunto de pesquisas realizadas a partir dos estudos sociológicos, antropológicos, psicológicos, linguísticos e filosóficos acerca da comunicação humana em larga escala, ou seja, a comunicação social.

Por meio dessas teses buscou-se desvendar a importância da comunicação, bem como, o impacto da informação entre os seres humanos. Das teorias que ganharam destaque estão: Teoria Hipodérmica, Teoria da Persuasão, Teoria Empírica de Campo, Teoria Funcionalista, Teoria Crítica, Teoria Culturológica e Teoria do agendamento.

1.3.1 Teoria Hipodérmica

Foi o primeiro modelo de Teoria da Comunicação que surgiu. Criada pelo psicólogo John Broadus Watson e pelo sociólogo francês Gustave Le Bon, baseia-se nos impactos da Comunicação em Massa, por meio do envio de uma mensagem midiática recebida por um público tido como homogêneo.

Pontua-se que as ideias trazidas pelo behaviorismo deram sustentação a Teoria Hipodérmica, pois era o comportamento que seria analisado através da criação de mecanismos de estímulo e resposta.

Os defensores dessa teoria afirmam que não existe diferença no modo que essa informação chega para as pessoas, pois ela afeta todos da mesma maneira independente das características físicas e sociais do receptor.

Essa teoria surgiu através do desenvolvimento sobre as primeiras investigações de que como a divulgação de crimes violentos poderia favorecer desencadear o comportamento criminoso daquela determinada camada social (BARATTA, 2003).

Pensando no aprimoramento da teoria hipodérmica, o cientista político Harold Lasswell desenvolveu o “Modelo de Lasswell”, inovando ao interpretar o alcance e efeito da mensagem midiática através da análise da audiência ativa, ou seja, do público que escolhe a informação que quer ou não receber.

De acordo com Melvin Defleur e Sandra Ball-Rokeach (1993, p. 181-182):

Mensagens da Mídia como Balas Mágicas. Como consequência da guerra, surgiu uma crença generalizada na grande força da comunicação de massa. A mídia foi encarada como capaz de moldar a opinião pública e inclinar as massas para quase qualquer ponto de vista desejado pelo comunicador. Um cientista político norteamericano, que tentou analisar objetivamente o impacto da propaganda de tempo de guerra e o papel da mídia na sociedade de massas, chegou às seguintes conclusões: Mas quando tudo foi levado em conta, e todas as estimativas extravagantes foram até o fundo, subsiste o fato de ser a propaganda um dos mais poderosos instrumentos do mundo moderno. Ergueu-se até sua eminência atual em resposta a um complexo de circunstâncias mutáveis que alteraram a natureza da sociedade. Pequenas tribos primitivas podem agrupar seus membros heterogêneos em um conjunto combatente com a batida do tantã e o ritmo tempestuoso da dança. A teoria básica da comunicação de massa implícita nessas conclusões não é tão simples quando poderia parecer. Com certeza, é relativamente teoria direta de estímulo-resposta, mas também é uma teoria que presume um determinado conjunto

de suposições não mencionadas, referentes não apenas à organização social da sociedade como à estrutura psicológica dos seres humanos que estão sendo estimulados e estão reagindo à mensagem da comunicação de massa. É importante entender o alcance total dessas suposições implícitas porque foi graças à sua sistemática substituição ou modificação que foram criadas teorias mais modernas do processo da comunicação de massa. À medida que se tornaram disponíveis novas concepções referentes à natureza do ser humano individual e da sociedade, elas foram empregadas para modificar a teoria básica da comunicação de massa pela introdução de variáveis intervenientes entre o lado do estímulo da equação estímulo-resposta e o lado da resposta. Este primeiro conjunto de crenças acerca da natureza e do poder da comunicação de massa nunca foi realmente formulado na época através de uma afirmação sistemática por qualquer estudioso da comunicação, mas retrospectivamente veio a ser chamado "teoria da bala mágica. (Também foi denominado outras coisas pitorescas tais como "teoria da agulha hipodérmica" e "teoria da correia de transmissão".) ideia fundamental é que as mensagens da mídia são recebidas de maneira uniforme pelos membros da audiência e que respostas imediatas e diretas são desencadeadas por tais estímulos.

Lasswell se concentra em desvendar os cinco estudos fundamentais para o entendimento preciso da mensagem midiática: o Emissor, a Mensagem, o Canal, o Receptor e os Efeitos. Através desse modelo, ele sustenta que a propaganda tem efeitos essenciais de convencimento na vida dos indivíduos, para tal, estudou o jeito como o Governo dos EUA utilizava os veículos de massa para manipular a opinião pública acerca da necessidade da entrada do país na Primeira Guerra mundial, assim como, convencendo as pessoas a ingressarem nesse conflito.

Desenvolvida pelos psicólogos behavioristas em 1930 nos Estados Unidos da America, essa Teoria também ficou conhecida como Teoria da agulha hipodérmica, Teoria da Bala. A pesquisa seguiu os princípios de estímulos e respostas, conforme supramencionado.

Por este raciocínio, dizia-se que quando há um estímulo (como uma mensagem radiofônica) este entraria no indivíduo sem resistências, da mesma forma que uma agulha de seringa penetra a pela humana. Alguns comparavam a 'entrada' da notícia no indivíduo ao penetrar de uma bala disparada por arma de fogo. Daí a teoria também ser chamada de "Teoria da Bala Mágica".

Os teóricos deste modelo acreditavam que as propagandas, mensagens de rádio eram tão eficientes que influenciavam qualquer pessoa instantaneamente. Exemplo desse fato ocorreu na propaganda de Guerra que convocava adolescentes americanos para o combate com a figura do "Tio San" fazendo esse chamado.

No decorrer do tempo, essa teoria foi superada, pois não conseguia explicar todos os fenômenos da comunicação de massa, ignorando nas análises as características sócio-culturais dos indivíduos. (OLIVEIRA, 2019)

1.3.2 Teoria da Persuasão

A Teoria da Persuasão, também conhecida como teoria Empírico-experimental, teve início na década de 40. Argumenta-se que a mensagem da mídia só pode ser compreendida após passar pelos filtros psicológicos individuais, sendo que ela não se presta a apenas manipular, como também de persuadir o receptor, ou seja, ultrapassadas as barreiras pessoais a mensagem tende a convencer as pessoas.

Contrariando as teses trazidas pela Teoria hipodérmica, a persuasão pressupõe a ideia de que um grupo de pessoas ao receber uma mensagem vai reagir de diferentes maneiras a partir dos filtros individuais dos destinatários serão convencidos ou não com aquela mensagem midiática.

1.3.3 Teoria Empírica de Campo

A Teoria Empírica de Campo ou Teoria dos Efeitos Limitados é oposta ao da Persuasão. Baseia-se em pesquisas sociológicas e afirma que a mídia tem papel limitado quando o assunto é influência das relações comunitárias

Iniciada por Paul Lazarsfeld, tomando como base a teoria da persuasão, objetivou demonstrar de que maneira a mídia conseguia atingir diferentes tipos de público, tese firmada que vai de encontro às teorias retromencionadas.

Essa teoria destaca que o poder da mídia se dá de maneira indireta, assim como outros agentes da sociedade (igreja, família, partido político, etc.). Para estes teóricos, o alcance das mensagens midiáticas depende do contexto social em que estão inseridas, e são sujeitas aos demais processos comunicativos que se encontram presentes na sociedade.

O indivíduo, portanto, não é mais um ser isolado e facilmente manipulado pela mídia. Agora ele está sob a influência do seu grupo social e de líderes que funcionam como formadores de opinião. Com isso, os filtros individuais pelos quais as mensagens passam, não seriam mais psicológicos, mas predominantemente sociais.

1.3.4 Teoria Funcionalista

Posteriormente, Harold Lasswell cria a Teoria Funcionalista, como o próprio nome consagra a comunicação sempre exercerá uma função da sociedade, não se limitando a traçar seus efeitos.

Esta teoria aconteceu num contexto pós Segunda Guerra Mundial, no qual o indivíduo começa a ser estudado por sua ação social, os valores e os modelos culturais que adquire em comunidade por meio da função, a fim de definir a problemática das mídias de massa a partir do ponto de vista do funcionamento da sociedade.

1.3.5 Teoria Crítica

Em seguida, surge na Escola de Frankfurt a Teoria Crítica, inspirada nas teorias marxistas, as quais afirmam que a mídia é um instrumento de influência social capitalista. Esse estudo destaca o fenômeno da indústria cultural, ou seja, a arte sendo revertida como produto de consumo em massa. (SALATIEL, 2019)

Para os apoiadores desta teoria (Max Horkheimer, Theodor Adorno, Walter Benjamin, Marcuse, Habermas, dentre outros) os temas, símbolos e formatos são adquiridos a partir da repetição e produção em massa, demonstrando o poder que a mídia tem em introduzir a necessidade de consumo nas pessoas.

1.3.6 Teoria Culturológica

A Teoria Culturológica foi criada na década de 1960, na escola sociológica europeia, a partir, do livro “Cultura de Massa no século XX: o espírito do tempo” de Edgar Morin.

Estes estudos demonstraram que a Cultura de Massa não deve ser analisada de maneira separada, pois existem muitos aspectos específicos em cada organização social.

Nessa perspectiva Morin cita: *“A cultura de massa é uma cultura: ela constitui um corpo de símbolos, mitos e imagens concernentes à vida prática e à vida imaginária”*.

Vale mencionar que os culturologos eram contrários a ideia de “Indústria Cultural” como forma de manipular os indivíduos, pois entendiam que o crescente capitalismo só refletia uma vontade da população pelo consumo em massa.

1.3.7 Teoria do Agendamento

A Teoria do Agendamento estuda a capacidade que os “*mass media*” (*comunicadores de massa*) possuem para evidenciar ou destacar um determinado assunto.

A ideia ficou conhecida como o poder de agenda dos meios de comunicação ou “Agenda Setting”. A teoria foi proposta na década de 1970, pelos pesquisadores Maxwell McCombs e Donald Shaw.

Eles defendem que é a mídia quem determina quais assuntos estarão presentes nas conversas dos consumidores de notícias e como estes fatos serão discutidos.

Como exemplo dessa tese observa-se que Hitler (1925) em sua Obra “Men’s Health” (Minha Luta), demonstrou esse poder da comunicação, afirmando que: “O fim da propaganda não é a educação científica de cada um, e sim chamar a atenção da massa sobre determinados fatos, necessidades, etc., cuja importância só assim cai no círculo visual da massa”.

Seus teóricos dizem que o poder da mídia não está em dizer às pessoas sobre como pensar, mas o que pensar. Essa proposta de pautar os assuntos da esfera pública tem origem nos estudos do jornalista americano Walter Lippmann, em 1922, e nas releituras de Bernard Cohen, em 1963. (OLIVEIRA, 2019)

Salienta Mathiesen (2001, p. 38):

Não se trata de manipulação consciente para criar uma imagem particular do crime por parte do staff da TV, mas da aderência a critérios que indicam o que vale a pena ser transmitido e o que não vale. No que diz respeito ao crime, as massas geralmente não tem acesso à informação competitiva. Elas se encontram na mesma situação do fiel que acredita piamente numa mensagem religiosa.

As Teorias da Comunicação continuam evoluindo na medida em que os meios de comunicação vão se diversificando, com foco na função social e no progresso tecnológico, procurando apresentar o impacto que determinada ideia pode causar na sociedade.

2. A CRIMINOLOGIA E A COMUNICAÇÃO

2.1 A Influência dos Meios de Comunicação na Criminalidade de Massa

A etapa da criminologia conhecida como “pré-científica” desenvolvida no século XVII até início do século XIX ficou conhecida como “Escola Clássica Liberal”. Não buscava entender a etiologia do crime, do mesmo modo não traçava estratégias para evitar a delinquência. O criminoso delinquia em razão do seu livre-

arbítrio, ou seja, nada influenciava a conduta a não ser a vontade individual em delinquir. (BARATTA, 2002)

O início dos estudos sobre a etiologia do crime remonta a meados do século XIX, quando o médico italiano Cesare Lombroso (2007) atribuiu a conduta criminosa praticada à determinada característica física que o indivíduo portava. Nesse período a antropologia criminal passa a dominar a pesquisa sobre as causas da criminalidade.

Por ser uma ciência empírica, um dos papéis fundamentais da criminologia consiste em observar a realidade, tomando por base, além das teorias supramecionadas, os acontecimentos positivos ou negativos ocorridos na sociedade para explicar e prevenir o fenômeno criminal.

Um dos fatores influenciadores da conduta criminosa analisados por vários estudiosos são os diferentes impactos que os meios de comunicação exercem na vida do indivíduo, ganhando destaque a revolução na comunicação que a internet trouxe ao mundo.

Com a disseminação da internet, a relação entre as pessoas ganhou dinâmica e velocidade, atingindo de forma massiva os quatro cantos do mundo, e, por isso recebeu o nome de "Sociedade da Informação", conforme explica professor português Luís Manuel Borges Gouveia (2004):

"A Sociedade da informação está baseada nas tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios electrónicos, como a rádio, a televisão, telefone e computadores, entre outros. Estas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, económicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação." (2004). (grifo nosso)

O avanço tecnológico trouxe inúmeros benefícios à população, criando novos paradigmas sociais e facilitando o acesso à cultura e educação. Em contrapartida, nasce juntamente com esse progresso tecnológico uma nova forma de criminalidade, o crime praticado através dos meios eletrônicos.

Essa nova criminalidade cresce a níveis alarmantes. O relatório expedido, em 2017, pela empresa *Norton Cyber Security* (responsável por contabilizar crimes cibernéticos) apontou que o Brasil pulou do quarto para o segundo lugar mundial em crimes praticados por meios eletrônicos, somando prejuízos bilionários. (NOTÍCIAS UOL, 2018)

Esse salto no ranking de crimes eletrônicos obrigou a legislação penal brasileira a criar condutas típicas não antes criminalizadas, assim como, crimes que não eram praticados por intermédio da rede mundial de computadores passaram a ser utilizados como meios adequados na consecução dos crimes.

Discorre o Professor Vicente Greco Filho *que “não importa se o instrumento utilizado é a informática, a internet ou uma ‘peixeira’, os bens jurídicos são os mesmos, já protegidos pelo Direito Penal”*.

Como essa conduta delitativa aumenta diariamente, os estudiosos da criminologia passaram a focar a pesquisa sobre as influências que esse meio eletrônico exerce sobre a sociedade contemporânea.

O criminoso, que sempre foi objeto de estudo da criminologia, passa a ser analisado através do grupo social que ele está inserido, ganhando destaque as Teorias de Gabriel Tarde que versavam sobre a criminalidade de massa e os fatores desencadeantes da epidemia delitiva.

No próximo capítulo serão esmiuçados os conceitos trazidos por esse pesquisador francês, responsável pelos estudos dos fatores que levam a criminalidade em massa. Ele cria, através da análise da delinquência, as teorias que embasam a lei da imitação, como também, ele buscou explicar a formação de multidões e corporações.

2.2 A Criminologia no Estudo da Criminalidade em Massa

O crime, assim como o criminoso, sempre fez parte do estudo criminológico. Com a massificação da população ocorre uma crescente elevação da criminalidade,

sendo apontada a desigualdade social existente entre essas massas como um dos fatores geradores desse aumento.

A população sofre direta ou indiretamente os malefícios dessa delinquência produzida em larga escala, fato esse corroborado por Bittencourt (1995, p. 123-124):

Esta criminalidade afeta diretamente toda a coletividade, quer como vítimas reais, quer como vítimas potenciais. Os efeitos desta forma de criminalidade são violentos e imediatos: não são apenas econômicos ou físicos, mas atingem o equilíbrio emocional da população e geram uma sensação de insegurança.

Na psicologia criminal a teorização desenvolvida pelo jurista francês Gabriel Tarde, opositor as teorias de Lombroso, deu início aos estudos que buscaram explicar o comportamento das pessoas em razão das influências que elas sofrem no grupo que estão inseridas.

Dentre as teses firmadas pelo jurista Tarde (2000, p. 13) tem destaque a Teoria da Imitação, que defendia que a vida em sociedade não existiria sem que uma pessoa imitasse a outra, como se depreende da sua obra:

“a sociedade é uma coleção de seres com tendência a se imitarem entre si, ou que, sem se imitarem, atualmente se parecem, e suas qualidades comuns são cópias antigas de um mesmo modelo... o ser social, na medida em que é social, é imitador por essência [...]”

O autor defende que as pessoas para conviverem adotam algum modelo de referência para ser imitado. Essa repetição de atos podem gerar efeitos positivos ou nocivos à sociedade, e é nesse aspecto negativo da imitação de conduta delitiva que os estudos da criminologia estão voltados.

Gabriel Tarde (1843-1904) ganhou destaque pela produção de várias obras dedicadas a explicar o fenômeno delitivo. Para esse jurista francês, o crime só ocorria por que alguém imitava aquela conduta, entendimento que deu início ao

estudo da “Teoria da imitação”. Para o autor, existem indivíduos que tem o poder de inovar através da prática de um ato, e esse ato influencia os demais membros da sociedade através da imitação.

Essa imitação, para Tarde, deveria ser evitada e, por isso, ele propôs um tipo de censura aos meios de comunicação, pois ele entendia que os crimes bárbaros divulgados pela mídia eram responsáveis pela crescente criminalidade de crimes da mesma espécie e do mesmo modo de execução. O autor criou a expressão “agressões induzidas por imitação” para explicar o comportamento criminoso em massa.

Nas palavras de Tarde (1912, p. 37) “as epidemias de crime seguem a linha do telégrafo”.

Tecendo grandes críticas a Tarde e aos demais autores considerados clássicos da sociologia, como por exemplo: Herbert Spencer e Auguste Comte, o sociólogo Émile Durkheim com a sua obra, “Les lois de l’imitation” (1890) repudiava a tese de repetição automática do outro, pois este afirmava que o crime era um fato social normal, que sempre ocorreria na sociedade independente de imitação. Essa vertente sociológica superou as teses trazidas por Tarde e inaugurou as teorias sociológicas da criminologia.

Serão mais detalhados, nos próximos capítulos, os conceitos de anomia trazidos por Durkheim, que ficou mundialmente conhecido como “pai da sociologia criminal”, assim como os demais criminólogos que buscaram explicar a influência dos meios de comunicação na criminalidade de massa.

Além de Gabriel Tarde, o professor René Girard da Universidade de Stanford criou a “Teoria Mimética”, fundamentando, por meio dos estudos desenvolvidos, que a violência é fruto da imitação, mas não apenas isso, pois ela reflete o desejo e paixões em ter o que é do outro.

“Os homens são expostos a um contágio violento que desemboca, frequentemente, em ciclos de vingança, em violências em cadeia evidentemente semelhantes porque todas se imitam. É por isso que digo: o verdadeiro segredo do

conflito e da violência é a imitação desejanete, o desejo mimético e as rivalidades ferozes que ele engendra” (GIRARD, 2011, p. 40).

Para Girard (2011, p. 32) relata que era possível perceber esse efeito mimético pela subida desenfreada da violência, afirmando que essa criminalidade “lembra a propagação do fogo ou de uma epidemia”.

Nas palavras do Delegado de Polícia e Professor Eduardo Cabette (2012) discorre que: “Violência essa que pode inclusive surgir na forma de uma pretensa busca de Justiça, seja laica ou sacralizada. Realmente essa pode ser uma das vias explicativas para a proliferação dos atos de terrorismo religioso ou político, quando povos ou grupos se sentem explorados ou oprimidos e querem se igualar aos eventuais exploradores ou opressores”.

2.3 O Efeito Imitador (copycat) e os Crimes Eletrônicos

Tomando por base os ensinamentos de Tarde, o psicólogo Albert Bandura (Canadá, 1925) desenvolveu em 1960, através de testes feitos com grupos de crianças, a “Teoria da Aprendizagem Social ou Modelagem”.

Por essa análise do comportamento do criminoso, foi constatado que ele sofre grande influência dos meios de comunicação, ou seja, a partir da publicação de um crime bárbaro percebe-se que outros crimes da mesma natureza e com modo de execução igual passam a ser imitado por outras pessoas, com o objetivo de alcançar os mesmos resultados vistos na ação delitiva, ou seja, no comportamento modelado.

Nas palavras de Bandura (2010, p. 382): “a medida nas quais modelos agressivos mediados por filmes podem servir como uma fonte importante de comportamento imitativo”.

Depreende-se que Bandura ocupava-se em analisar as causas da criminalidade, mas não apontou métodos para prevenir o crime. Essa preocupação com a previsibilidade da conduta delitiva ganhou ênfase com Loren Coleman, em 2004, com a publicação da obra “The Copycat Effect” (O Efeito Imitador, em tradução livre), responsável por estudar o comportamento gerado por suicidas e

homicidas em série após a ampla divulgação realizada pelos meios de comunicação de massa dessas barbáries. (FERREIRA, 2012)

Ray Surette (2007, p. 74) *apud* Marília Budó (2010, p. 02) relata:

Uma primeira visão diz respeito ao efeito de imitação possível de ocorrer quando, individualmente, uma pessoa copia exatamente os meios e circunstâncias através das quais um personagem, exposto através da ficção, ou uma pessoa real, exposta através do jornalismo, praticou determinado crime. É o chamado efeito copycat.”

Na obra feita por Coleman foi explorado os fatos ocorridos no massacre de abril de 1999, em uma escola de Columbine, nos Estados Unidos. Esse crime, que ganhou grande destaque na mídia, foi exaustivamente explicado como ocorreu o ataque e tornaram os criminosos mundialmente conhecidos.

Muitos ataques ocorridos em escola posteriores a Columbine guardam muitas semelhanças. No Brasil foi possível constatar tal semelhança no massacre ocorrido na cidade de Suzano, em março de 2019. Além desse crime, o Brasil registra mais seis casos de crimes em massa praticados em escola anteriores, ocorrido em Salvador (2002), e Taiúva (2003), Rio de Janeiro (2011), João Pessoa (2012), Goiânia (2017) e Paraná (2018).

Esses massacres receberam enorme divulgação das mídias, as quais focaram suas reportagens muito mais nos perfil e motivação do criminoso do que nas próprias vítimas daquela atrocidade.

Em virtude dessa atenção paradoxal dada aos criminosos, muitos estudos foram apresentados e demonstraram que a influência da exposição desses crimes e a notoriedade dada aos executores estimula o efeito “copycat” em outras pessoas, conforme descrito na obra “Criminologia Integrada” conforme expõe Newton Fernandes (1995, p. 408):

De sorte que os meios de comunicação de massa, notadamente os jornais e televisão, além de divulgarem com

mórbido alardeio a imagem dos crimes e dos criminosos, não raro de maneira complacente e amistosa, também propagam em suas minudências os meios e as técnicas de consecução dos delitos.

O efeito da exposição desses crimes em massa influencia outros crimes semelhantes a ocorrerem em curto ou longo prazo, e por isso muitos estudiosos, como o professor e psicólogo forense Reid Meloy, afirmam que a publicidade dada, além de tornar o criminoso famoso, incentiva outras pessoas a fazerem o mesmo. Nas palavras do professor: "Esses episódios mostram o perigo de dar publicidade a esses ataques, a exposição pode estimular outros jovens perturbados que buscam a fama. Ao constatar que isso funciona, há maior reprodução desse tipo de evento". (SPERANDIO, 2019)

Os pesquisadores trouxeram os números dessa influência da publicidade de crimes bárbaros. Ao analisarem oito dos doze maiores tiroteios em escolas ocorridos após o massacre de Columbine, nos Estados Unidos, foi constatado que esses oito executores explicitamente saudaram os famosos atiradores do primeiro massacre.

A busca pela notoriedade é uma das causas possíveis pela repetição de atos criminosos, pois os outros indivíduos imitam os delitos na esperança de tornarem tão conhecidos quanto os primeiros atiradores, haja vista a massiva cobertura e repercussão que esses fatos tomam através das mídias, principalmente eletrônicas em razão da velocidade que a informação se propaga.

A partir dessa constatação, surgiram movimentos por todo o mundo que defendiam a não exposição do criminoso e as circunstâncias do crime, ocorrendo uma grande pressão e responsabilização da mídia na divulgação desses delitos.

As campanhas que ganharam destaque foram: "No Notoriety" (Sem Notoriedade, em tradução livre) e Don't Name Them (Não os Nomeie, em tradução livre). Essas campanhas trouxeram parâmetros para confecção da informação sobre ataques, como por exemplo: não divulgar o nome ou imagens do autor, do mesmo

modo, não transmitir qualquer material que seja produzido pelo criminoso no momento do massacre.

O foco da reportagem devem ser as vítimas, sobreviventes e as pessoas que ajudaram no socorro, sem qualquer menção ao delinquente. No site do "No Notoriety" eles orientam aos profissionais da mídia a: "privar indivíduos com mentalidade violenta dos holofotes que tanto desejam". (SPERANDIO, 2019)

Em recente ataque sofrido em mesquitas na Nova Zelândia, ocorrido em Abril de 2019, quando um atirador invadiu e matou mais de cinquenta pessoas, todo o ataque sendo transmitido ao vivo pelo site Facebook, a Primeira-Ministra Jacinda Ardern discursou sobre a importância de não dar notoriedade ao criminoso, dizendo: "Ele buscou muitas coisas em seu ato de terror, entre delas a notoriedade - é por isso que você nunca me ouvirá mencionar seu nome".

A primeira ministra fez duras críticas as redes sociais e alertou para a responsabilidade dos editores dessas comunidades virtuais em não propagar o terrorismo, dizendo: "Eles são os editores, não apenas os 'carteiros'. Não pode haver um caso de lucro sem responsabilidade."

No Brasil, após o ataque ocorrido na Escola de Suzano, outras ameaças semelhantes ao massacre surgiram em várias escolas espalhadas pelo país, sendo um indício que a cobertura dada aos executores do crime incentivou outras pessoas a fazerem o mesmo, espalhando pânico na sociedade.

Em atenção aos riscos da notoriedade dada a determinado criminoso tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei, número 1742/2019, que visa limitar esse destaque dado a autores de chacinas através da alteração do Código Penal Brasileiro.

A proposta legislativa dispõe que deverá ser enquadrada como típica a conduta de dar publicidade a autores de atentado, pois se deve evitar a "perpetuação de processos de retroalimentação simbólicos-midiáticos", nas palavras do Deputado Federal e autor do projeto, Dr. Mário Heringer.

Os ideais defendidos pelos estudiosos que buscam evitar a notoriedade do autor de chacinas não se confundem com censura aos meios de comunicação em

massa, e sim com uma limitação a exploração da imagem desse criminoso, devendo haver sempre um equilíbrio entre o direito e a informação, e a não divulgação de atos de caráter terrorista, conforme a opinião dos defensores dessa linha de pensamento.

Essas constatações sobre a busca da notoriedade são debatidas e contestadas por outros pesquisadores, como o psiquiatra Gustavo Estanislau, que faz um alerta sobre a pouca quantidade de estudos sobre a real influência da comunicação em massa em potenciais homicidas, diferentemente do que ocorreu com os suicidas. O psiquiatra afirma que não basta à simples exposição ao crime, pois em sua obra "Saúde Mental na Escola" não foi constatada qualquer influência dessa comunicação violenta em pessoas com boa saúde mental. (SPERANDIO, 2019)

Assim como os movimentos de "Sem Notoriedade" e " Não os Nomeie" crescem ao redor do mundo, surgem críticos a esses postulados argumentado que além de ferir o direito do povo ser informado na integralidade dos fatos, a não divulgação dificulta que outros casos semelhantes sejam evitados. (SPERANDIO, 2019)

2.4 O Impacto da "Deep Web" na Criminalidade em Massa

O século XXI é marcado pela diversidade dos meios de comunicação existentes, e, por isso, a função de guardião da informação "Gatekeeper", conforme explicado nos capítulos anteriores, não é mais privativo de profissionais de comunicação, sendo perfeitamente possível que qualquer pessoa consiga produzir uma mensagem da maneira que lhe for mais conveniente. (ANJ, 2019)

As preocupações sobre o conteúdo veiculado da informação não se limitam a plataforma tradicional da internet utilizada pelos buscadores como "Google" ou redes sociais. A utilização da rede virtual paralela à rede tradicional, chamada de "Deep Web" (Internet Profunda, em tradução livre) atrai inúmeros adeptos, visto que é uma rede não regulamentada, não existindo regras ou filtros para aquilo que vai ser publicado, o que resulta, em boa parte, na propagação de crimes de ódio

contra determinadas classes sociais e divulgação midiática de crimes com fotos e vídeos de execuções.

Os usuários dessa *Deep Web* interagem anonimamente, e através de software específico eles dificultam ou até mesmo evitam ser rastreados. Tanto nos massacres da Escola de Suzano quanto na Escola de Realengo os atiradores faziam parte de um grupo virtual nessa rede paralela chamado de “chan”, e recebiam de outros usuários, além de incentivo, dicas de como conseguir armamentos e estratégias para a realização do massacre. (ARAGUAIA NOTICIA, 2019)

A não notoriedade dos criminosos nessa rede funciona opostamente, conforme ficou demonstrado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo na investigação sobre as motivações que levaram os atiradores da Escola Professor Raul Brasil, em Suzano. Assim que os atiradores começaram o massacre, outros usuários da Deep Web ao serem comunicados da chacina enalteciam as atitudes dos criminosos como fossem “heróis de uma guerra santa”. (MANFREDINI, 2019)

As pesquisas sobre o impacto dos meios de comunicação na criminalidade trazidos até o momento não são unânimes. Defensores ou críticos da não notoriedade apresentaram, através de suas pesquisas, resultados antagônicos entre si.

Inúmeras semelhanças são apontadas nos ataques em massa ocorridos ao redor do mundo, do mesmo modo, não se pode ignorar o perfil desses criminosos, que em sua totalidade eram homens.

Nessa perspectiva em analisar os impactos trazidos pela internet como fator criminológico, outros acontecimentos sociais que vêm recebendo cada vez mais atenção é a pulverização instantânea de notícias falsas nos meios eletrônicos, responsáveis pelos mais perversos crimes, como o que vitimou Fabiane de Jesus, em 2014, na cidade do Guarujá (SP).

No próximo capítulo será abordado esse primeiro caso fatal ocorrido no Brasil de linchamento motivado pela propagação de uma notícia falsa.

2.5 A Disseminação de Notícias Falsas como Fator Criminológico

O fenômeno mundialmente conhecido como “fake news” (notícia falsa, em tradução livre) recebeu forte polarização após o advento das redes sociais. Essa disseminação ocorre de maneira tão rápida e intensa tendo capacidade que aquela notícia falaciosa ganhe tamanha proporção ensejando o fenômeno sociológico, chamado de “pós-verdade”.

Por esse conceito a pessoa tende a acreditar naquela informação por que o conteúdo lhe agrada ou relaciona-se com suas crenças. O Dicionário Oxford conceitua a pós-verdade como: *“um adjetivo que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e crenças pessoais”*.

Essa divulgação massiva dessas notícias falsas tem o poder de convencer a população a acreditar naquela informação de forma incontestável, fazendo com que surja o denominado “efeito manada”, ou seja, as pessoas passam a agir conforme a multidão se expressa, não preocupando-se em aferir a veracidade daquela comunicação.

O psicólogo Cristiano Nabuco, do Grupo de Dependências Tecnológicas do PRO-Amit (Programa Integrado dos Transtornos do Impulso) do Instituto de Psiquiatria da Universidade de São Paulo, conceituou esse efeito manada ocasionado pelas notícias falsas (fake news) que são capazes de gerar crimes violentos, dizendo:

“Encontraram alguém que julgaram ter infringido um valor muito importante e criou-se um vale tudo, pois consideraram que aquela pessoa merecia ser sacrificada. Assumiram que aquele alguém não era como eles e lidaram com suas inquietudes agredindo o diferente. Eles estavam no calor do momento e na mesma sintonia, sendo que a massa humana é burra, não pensa.” (CARPANEZ, 2018)

Esse “efeito manada” ganhou grande amplitude com o crescimento das redes sociais, sendo apontado como responsável pelo comportamento irracional de pessoas que espancaram até a morte Fabiane de Jesus, em 2014, no Guarujá.

A informação falsa (fake news) que culminou na morte brutal de Fabiane foi oriunda de uma página no “Facebook” chamada “Guarujá Alerta”. Nessa mensagem virtual (post) continha um retrato falado de uma mulher que supostamente matava crianças para práticas de magia negra. Em poucas horas essa publicação já havia chegado ao conhecimento de mais de 56 mil pessoas da cidade Litorânea.

Fabiane, que nada se parecia com a imagem publicada na rede social, foi apontada por moradores do Bairro onde ela morava como autora desses homicídios. Imediatamente a multidão foi se juntando e o boato se espalhando, sendo que assim que viram a vítima passando pela rua a seguraram e espancaram-na por horas, sob o pretexto de “fazer justiça”. (CARPANEZ, 2018)

A Polícia Civil conseguiu identificar e prender cinco dos agressores que participaram do linchamento de Fabiane, sendo eles condenados, entre outubro de 2016 e janeiro de 2017, à pena máxima de 30 anos de reclusão cada. (CARPANEZ, 2018)

Meses após a morte de Fabiane, o Brasil inaugura a Lei 12.965/2014, conhecido como “Marco Civil da Internet” que passou a regular direitos e deveres dos usuários. A partir da vigência da Lei tornou-se possível, através de ordem judicial, a retirada de informação existente nas redes sociais, assim como a identificação dos usuários. (GORCZESKI, 2014)

Nos próximos capítulos serão abordadas as escolas criminológicas que explicam como os meios de comunicação afetam direta e indiretamente o convívio social, e acaba sendo um dos fatores desencadeantes da conduta criminosa.

3 A CRIMINOLOGIA E A ANÁLISE DO IMPACTO SOCIAL DA MÍDIA

Consoante o exposto sobre as teorias da comunicação e as influências que os meios de comunicação exercem na rotina das pessoas, coube à criminologia ocupar-se do estudo da relação que surgia entre mídia e criminalidade. Essa relação entre mídia e delito remontam estudos realizados em 1960, cujo objetivo era demonstrar como uma comunicação em massa poderia ocasionar um comportamento delitivo. (JEWKES, 2011)

Os estudos sobre o comportamento das pessoas resultantes do papel exercido pelos meios de comunicação ganharam destaque quando o filósofo Guy Debord (1997) escreveu a obra “A sociedade do espetáculo”, abordando as influências cotidianas que a mídia exercia sobre a sociedade.

Posteriormente surge o movimento chamado “criminologia cultural” que passa a buscar respostas aos questionamentos no que tange ao impacto da comunicação na criminalidade. Tendo início nos Estados Unidos da América (EUA), em 1990, por meio das pesquisas desenvolvidas por Jeff Ferrel, e depois aprimoradas pelo Departamento de Criminologia da Universidade de Kent, na Inglaterra.

FERREL *et al.* (2008, p. 8) esclarece que:

Estabeleceu-se que esse novo movimento criminológico deveria pautar-se pela interdisciplinaridade, principalmente focados nas matérias que se relacionavam com estudos culturais, midiático, filosóficos, os movimentos sociais, as teorias críticas pós-modernas, da geografia e da antropologia humana.

“A criminologia cultural explora de inúmeras formas como as dinâmicas culturais interferem nas práticas do crime e seu controle na sociedade contemporânea; assim, a criminologia cultural enfatiza a centralidade de sentido e de reprodução na construção do crime como um evento momentâneo, tentativa subcultural e matéria social. A partir desta visão, o conceito apropriado de criminologia transcende as noções tradicionais de crime e suas causas incluindo imagens de comportamentos ilícitos e imagens simbólicas da aplicação da lei; construções da cultura popular de crime e ações criminosas; e o compartilhamento de emoções que inspiram os eventos criminais, percepções de ameaça criminosa, e esforços públicos de controle da criminalidade”.

Ao analisar o crime, criminoso e a experiência criminal experimentada no momento delitivo coube à criminologia cultural buscar as influências advindas das imagens e seus respectivos significados. Por isso, essa nova vertente criminológica

ocupa-se em entender os processos simbólicos que ocorrem no momento da execução do crime.

A criminologia cultural consubstancia-se em uma criminologia pós-moderna, responsável por trazer uma nova visão sobre as circunstâncias que levaram a conduta delitiva. Analisa as sensações de prazer, pânico e adrenalina para entender como esses fatores influenciaram no crime, e de que maneira a mídia influenciou aquele autor. Além desses fatores, será foco de estudo a exposição excessiva do crime pela mídia em geral, fazendo crescer a cultura do punitivismo.

A criminologia cultural representa um avanço nas teorias marxistas e da criminologia crítica, pois utiliza dados obtidos dessas teorias, mas acrescenta novas informações, principalmente no que se refere à cultura e traços do perfil do criminoso, ou seja, é um movimento criminológico que almeja transpor os limites das teorias anteriores, para dar sustentação à aplicação correta da reprimenda penal.

Para alcançar esse entendimento, os pesquisadores valem-se do estudo dos significados simbólicos que o crime carrega consigo. Além disso, eles objetivam demonstrar como a propagação dos meios de comunicação e o crescimento das subculturas, como um movimento paralelo a cultura dominante.

De acordo com Hayward e Young^[1] (2011, p. 7) *apud* Juliana Strehlau (2012, p. 51) ressalta que:

O crime é um ato de quebrar regras. Isso envolve uma atitude em relação às regras, uma avaliação de a quão justa e adequada são, e motivação para quebrá-las tanto por pura e simples transgressão ou pela neutralidade. Não é, como no positivismo, uma situação onde o ator é impelido para um desiderato e no seu caminho acaba por cruzar com a lei; esta não é, como na teoria da escolha racional, um cenário onde o ator apenas procura por um furo na rede de controle social e acaba desviando seu caminho por ele. Pelo contrário, na criminologia cultural, o ato de transgressão em si mesmo tem atrações – e é através da quebra das regras que está a

tentativa de solucionar os problemas subculturais. (texto traduzido)

Importante se faz mencionar que cultura, subcultura e contracultura são conceitos diferentes. Cultura consiste em um conjunto de normas, tradições, costumes, crenças e valores de determinado grupo social. Já subcultura trata-se de um conjunto de pessoas com características próprias, geralmente é um grupo minoritário na sociedade, existindo um interacionismo-simbólico entre seus integrantes. E, por fim, contracultura que estabelece preceitos sociais que vão de encontro com a cultura, ou seja, existe um conflito para que os ideais dessa contracultura superem, alterando a cultura dominante. (ARAUJO, 2014)

No que tange ao estudo da subcultura, uma das bases de estudo da criminologia cultural, o pesquisador Jeff Ferrel em sua obra "Crimes of Style" (O Estilo do Crime, em tradução livre) discorre sobre a experiência que ele teve com grafiteiros em Denver (EUA) ao buscar uma maior aproximação com a realidade daquele grupo.

O pesquisador passa a traçar um perfil dos idealizadores dessa arte urbana e, também, a subcultura gerada em tom de resistência. A preocupação não consiste em estabelecer à figura do criminoso ou do crime e sim dar destaque a experiência adquirida com o crime, ou seja, as sensações de prazer e medo suportadas.

Oxley da Rocha (2012a, p. 165) *apud* Juliana Strehlau (2012, p. 54) esclarece que logo o foco da criminologia cultural, para Ferrel, consiste em entender a "compreensão criminológica", desse modo o que importa é avaliar a conduta no momento da prática delituosa, visto que só dessa maneira seria possível entender o que levou o agente a praticar tal ato. O pesquisador ao relacionar cultura como crime discorre que os agentes estão "ligados à produção desse ambiente cultural midiático [...] complexo de imagens e símbolos".

Ferrel ao analisar a contracultura criminosa afirmou que as habilidades entre os criminosos são aprendidas por intermédio do "(...) 'ethos' coletivo, que pode ser descrito como um conjunto de valores e orientações (ou 'regras'), que definem o comportamento criminoso de seus membros como adequado, ou mesmo louvável".

A criminologia cultural além de analisar esses fatores desencadeantes da delinquência, passa a observar o comportamento da sociedade que vem sendo bombardeada diariamente com cenas de violência divulgadas como um “produto de venda”.

Segundo Strehlau (2012) “atualmente, a violência é vendida, assistida, reproduzida e gravada, sendo consumida como entretenimento.”

No Brasil, comenta Sérgio Salomão Shecaria (2004), existe uma “fascinação pelo crime”. Os meios de comunicação, atualmente os eletrônicos, produzem noticiais mais de cunho violento objetivando atrair mais expectadores.

Mesmo com todos os argumentos apresentados sobre a influência dos meios de comunicação na criminalidade, a comunidade científica questiona como algum indivíduo foi analisado se, atualmente, é impossível encontrar alguém que não tenha sido exposto direta ou indiretamente aos meios de comunicação.

Bandura (1962) *apud* Barata (2003, p. 16) consagra que “... estratégias agressivas se adquirem fundamentalmente por aprendizagem social [...], mas isso representa apenas uma parte limitada das experiências sociais. Por isso é necessária a investigação de outros fatores que escapam o estudo dos meios”.

3.1 As Escolas Sociológicas da Criminologia e a Influência dos Meios Eletrônicos na Criminalidade de Massa

Em atenção ao explanado anteriormente, serão abordados nesse capítulo as escolas sociológicas que analisaram as influências dos meios eletrônicos na conduta desviante.

A internet, responsável pela revolução na comunicação, transformou-se em um local virtual utilizado para o cometimento de vários crimes, e, por isso passou a ser o foco de análise dos estudiosos da criminologia sociológica.

Os crimes realizados pela rede mundial de computadores são os mais diversos possíveis, sejam elas condutas ilícitas que poderiam ou não ser realizadas no ambiente virtual. Tais crimes praticados por meios eletrônicos guardam uma especificidade no modo de execução e com uma única conduta conseguem atingir vários bens jurídicos, é o que se chama “viralização da informação”.

No que se refere às teorias subculturais e da aprendizagem social, o professor Vianna confirma em seu livro que os comportamentos desses delinquentes virtuais aproximam-se de uma “Subcultura cyberpunk”. (VIANA, 2003)

Essa teoria da subcultura delinquente foi um conceito trazido na obra de COHEN, “Delinquent Boys” e na opinião do pesquisador Vianna (2001) esse conceito encaixa-se perfeitamente para a explicação do fenômeno hacker, assim como explana que a marginalização desse determinado grupo funciona como fator desencadeante da criminalidade.

Com a avalanche de informações que a internet traz, mostra-se fundamental para o estudo criminológico que comportamentos de criminosos que utilizam esses meios virtuais na consecução dos seus intentos ilícitos passem a ser estudados e compreendidos, a fim de evitar o alastramento dessa delinquência.

Nas Palavras de Vianna (2003, p. 13) “[...] certamente, o Direito Penal e a Criminologia também não poderão impedir a ação dos hackers. Cabe a eles, no entanto, evitar que a frequência de tais condutas gere uma situação de anomia.”

Essa teoria da subcultura delinquente discorre que o comportamento delitivo é incentivado em razão de motivações criadas pelo grupo social que o infrator faz parte, ou seja, através dessa teoria ficam evidenciados os mecanismos de aprendizagem e a interiorização de modelo regras e comportamentos.

Baratta (2004, p. 76) ressalta:

Conforme declinado nesse estudo, os atacantes do ciberespaço, principalmente os hackers e os crackers, formam uma *subcultura identificável pela mesma escala de valores, atitudes, desafios, prazeres, atuação antiética e delinquente*, com liames axiológicos próprios, dissociados de valores da sociedade vigente. (grifo nosso)

Cohen (1955) *apud* Shecaira (2011, p. 252) ao dissertar sobre a subcultura delinquente listou três fatores comuns nos crimes: “não utilitarismo, malícia da conduta e seu negativismo”. O não utilitarismo traduz-se na dispensabilidade da conduta ou resultado do crime, visto que o que leva a prática desses delitos pode ser o prazer em realizar a conduta desviante ou se afirmar perante seu grupo. Já a

malícia da conduta consiste na hostilidade que outros jovens impelem aos que não fazem parte da subcultura. E, por fim, o negativismo pressupõe que as contradições existentes entre os ditames da subcultura delinquente e os valores predominantes na sociedade.

Seguindo, dentre as correntes da teoria do consenso, ganha destaque no estudo do impacto dos meios eletrônicos a Teoria da Anomia, tendo como principais expoentes Durkheim e Merton. O primeiro foi responsável pela Teoria Social da Ação, defendendo que o fenômeno delitivo era um fato normal na sociedade e que lugares “anômicos”, ou seja, com ausência de normas eram importantes para a validação da efetividade do direito.

Já o segundo, entendia que a anomia era a distância entre os objetivos desejados e a falta de oportunidade para conseguir tais metas, funcionando esse distanciamento como fator desencadeante para a realização do crime como forma de alcançar o resultado pretendido. Nesse entendimento feito por Merton de Anomia discorre Shecaira (2012): “[...] caracteriza como uma conduta marcada pelo inconformismo e pela revolta. O indivíduo refuta os padrões vigentes da sociedade, propondo o estabelecimento de novas metas e a institucionalização de novos meios para atingi-las”.

Tanto as teorias da anomia quanto as teorias da subcultura delinquente contribuíram para explicar a criminalidade em massa realizada por intermédio dos meios eletrônicos.

No que se refere aos ideais defendidos pelos teóricos da Teoria da Anomia, ficam estabelecidos que o crime sempre existirá na sociedade por se tratar de um desvio normal e que exerce uma função para a estrutura social daquela comunidade.

Já os adeptos da subcultura delinquente entendem que o universo paralelo existente no mundo digital, onde o hacker está inserido, sobrevivendo a formação de códigos próprios e valores que são criados dentro dessa comunidade/subcultura. Túlio Vianna assevera, ainda, que as façanhas desse hacker são admiradas e respeitadas, mas em contrapartida são responsáveis pela discriminação daqueles que não possuem conhecimento necessário para ser um hacker.

Os usuários da internet que utilizam esse meio eletrônico para cometer os mais diversos crimes podem ser classificados como agentes de uma subcultura criminosa ou subcultura da delinquência virtual, e esse aumento significativo da criminalidade informática vai à mesma velocidade que a internet se alastra pelo mundo.

Essa subcultura virtual permite a identificação das semelhanças que os internautas apresentam entre si, seja a sua conduta delitativa realizada para obter informações privilegiadas ou secretas de bancos de dados mundiais como demonstração de poder perante o grupo, como também, para demonstrar as vulnerabilidades do sistema, para cometer crimes financeiros ou só por diversão.

Além de entender que a realidade dos hackers ficava encaixada as ideias trazidas por Cohen, Viana (2003) defende em sua obra que, além dessa teoria que explica os crimes praticados por meios eletrônicos, os estudos desenvolvidos por Sutherland, na obra "White-Collar Criminality" (Crimes do Colarinho Branco, em tradução livre) também se adaptam a esse fenômeno delitivo, pois para uma pessoa ser um hacker era preciso, necessariamente, que ela aprendesse com outro indivíduo esse comportamento criminoso.

Com o objetivo de explicar como os crimes eram perpetuados, Sutherland desenvolveu a Teoria das Associações Diferenciais, demonstrando através desse estudo que o crime só acontece por que uma pessoa aprende o comportamento criminoso, esse conhecimento é repassado de forma direta ou indireta pelas pessoas que já haviam executado o delito.

Nas palavras de Vianna (2001), o que desencadeava o fator criminógeno ou não no indivíduo seria balizado pelo grau de intensidade e frequência que essas pessoas eram expostas a aprendizagem, chamado de processo de "associação diferencial".

Os crimes informáticos, por suas características, exigem estudo de técnicas que permitam o domínio do computador para utilizá-lo na conduta criminosa, o que confere à atividade criminosa do hacker um caráter de aprendizado, ao contrário dos crimes comuns (homicídio, furto, estelionato etc), que não exigem um

conhecimento diferenciado do autor para a execução do delito. Nesse sentido consagra Vianna (2001, p. 182) *apud* Josefa Kunrath (2017, p. 37) reforça:

As teorias das subculturas criminais com destaques para os trabalhos de SUTHERLAND, White-Collar Criminality, e de COHEN, Delinquent boys: the culture of the gang, parecem adaptar-se perfeitamente para a explicação do fenômeno hacker. SUTHERLAND elaborou uma teoria conhecida como Teoria das Associações Diferenciais para explicar os crimes de colarinho branco na qual analisou as formas de aprendizagem do comportamento criminoso. A hipótese aqui sugerida em substituição das teorias convencionais, é que a delinquência de colarinho branco, propriamente como qualquer outra forma de delinquência sistemática, é aprendida; é aprendida em associação direta ou indireta com os que já praticaram um comportamento criminoso, e aqueles que aprendem este comportamento criminoso não tem contatos frequentes e estreitos com o comportamento conforme a lei. O fato de que uma pessoa torne-se ou não um criminoso é determinado, em larga medida, pelo grau relativo de frequência e de intensidade de suas relações com os dois tipos de comportamento. Isto pode ser chamado de processo de associação diferencial.

Além da abordagem consensual, mostra-se salutar apontar os estudos desenvolvidos pelas teorias que dão base para a abordagem conflitual que surgia em meados dos anos 70 denominados “Nova Criminologia” e “Teoria da Reação Social” ou “Labelling Approach”. (BARATTA, 2003)

3.2 A Nova Criminologia (Teoria do Etiquetamento na Análise dos Impactos da Comunicação)

Em oposição aos preceitos firmados pela teoria do consenso, inaugura-se a criminologia crítica, também chamada de “criminologia radical”, “marxista”, “nova criminologia”. Criada na década de 1960, nos Estados Unidos da América, teve

sustentação teórica para romper o enfoque da criminologia tradicional para essa nova visão crítica do sistema punitivo.

A corrente criminológica supracitada, responsável por essa alteração no foco da análise do crime, atribuiu à criminalização da conduta praticada a processos de seleção de indivíduos da classe social não dominante, isto é, essa teoria consiste que o estabelecimento das condutas típicas não se dá em razão do impacto social suportado pela vítima, mas sim como forma de garantir as desigualdades sociais entre ricos e marginalizados. (LAVOR, 2017)

Discorre Sá e Shecaira (2008, p. 216) sobre criminologia crítica que:

Uma discussão importante é a trazida pela Criminologia Radical ou Marxista, que critica as duas teorias anteriores por considerá-las pertencentes à Criminologia Tradicional por contribuírem para a conservação do modelo opressivo da ordem social estabelecida, tendo como certo de que a criminalidade só teria fim com uma mudança do sistema econômico capitalista.

A solução para o combate da criminalidade para os críticos consiste na abolição das desigualdades sociais, pois o distanciamento econômico entre as classes dominantes em comparação as classes dominadas favorece a perpetuação de crimes ocasionados pelo capitalismo.

Nesse sentido Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 132) arremata:

São tarefas complementares da política criminal alternativa da Criminologia Radical (a) conjugar os movimentos de presos com as lutas dos trabalhadores, (b) inverter a direção ideológica dos processos de formação da opinião pública pela intensificação da produção científica radical e a difusão de informações sobre a ideologia do controle social, (c) coordenar as lutas contra o uso capitalista do Estado e a organização capitalista do trabalho e (d) desenvolver o contra poder proletário.

Nesse novo prisma teórico trazido pela Teoria Crítica surge a Teoria do Etiquetamento, desenvolvida por Edwin M. Lemert e Howard S. Becker. Esse novo paradigma consagra que as instituições sociais são as responsáveis por selecionar quais características pessoais ou de determinado grupo que sofreram a rotulação criminosa.

Para Becker (2008, p. 21-22) a conduta incriminada não se relaciona com o ato cometido pelo infrator, mas sim com as sanções impostas pela sociedade dominante, de acordo com o que se depreende de sua obra:

O fato central acerca do desvio é que ele é criado pela sociedade. Não no sentido que é comumente compreendido, de que as causas do desvio estão localizadas na situação social do desviante ou em “fatores sociais” que incitam sua ação. O que se quer dizer é que os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.

Não se pode ignorar o papel que a comunicação midiática exerce no etiquetamento de um tipo de criminosos “padrão”. Essa delimitação das características da pessoa rotulada ensejam reflexos na criminalização primária e secundária do delito.

Como aduz Zaffaroni (1997, p. 320):

O criminoso é simplesmente aquele que se tem definido como tal, sendo esta definição produto de uma interação entre o que tem o poder de etiquetar (‘teoria do etiquetamento ou labelling theory’) e o que sofre o

etiquetamento, o que acontece através de um processo de interação, de etiquetamento ou de criminalização.

Com o avanço dos meios eletrônicos como propagadores da comunicação de massa, as redes sociais submetem seus usuários a um do processo de estigmatização voltada às classes sociais menos favorecidas. Nesta esteira, a internet é apontada como a responsável em estabelecer a repulsa social entre classes, o que gera intolerância e violência generalizada. Nas palavras do mestre Zaffaroni (1997) "agora, portanto, temos o inimigo da mídia, sendo que esta tem grande poder de definição de quem são os criminosos".

Esse papel de controle social assumido pelos meios de comunicação eletrônicos gera o poder de estabelecer quais assuntos serão colocados a disposição da população, do mesmo modo, acarreta à sociedade uma imposição de pensamento comum, ou seja, homogeneizado. (SHECAIRA; JÚNIOR, 2002).

Torna-se evidente o poder da comunicação na construção da figura do criminoso, pois a partir da divulgação do fato nas mídias eletrônicas, ainda que esse agente prove sua inocência, este será fadado ao status de delinquente perante toda a sociedade.

Segundo Zaffaroni (2012, p. 305), a comunicação explorada e produzida pelas mídias sociais sobre um fato criminoso específico faz nascer o que se convencionou chamar de "criminologia midiática". Nesse tipo de propagação da informação vem carregada de preconceitos e crenças, não se prestando a entender a etiologia criminal, mas tendo uma visão simplista do fato criminoso, chamada pelo mestre de "causalidade mágica".

No próximo subcapítulo serão explorados os conceitos atribuídos a essa criminologia midiática e as consequências estereotipantes dessa abordagem criminológica.

3.3 Criminologia Midiática e Criminalidade de Massa

Na esteira do conhecimento advindo da teoria crítica surge a criminologia midiática, reconhecendo a responsabilidade da mídia em estereotipar classes sociais menos abastadas. O resultado dessa rotulagem repercute na população que

passa a traçar um perfil físico, psicológico e até econômico das características do suposto criminoso.

Na América Latina, discorre Zaffaroni, que o estereótipo criminoso traçado pela mídia geralmente refere-se a homens jovens e pobres, ignorando os criminosos que violaram a legislação, porém não se encaixam nesse perfil imposto.

Corroborando com as teses de Zaffaroni, o pesquisador Zygmunt Bauman analisou essa rotulação pela visão sociológica, e estabeleceu que o foco do estudo baseia-se nas questões raciais, pois nas palavras do autor "ser pobre em uma sociedade rica implica em ser negro e ter o status de uma anomalia social"

Essa criminologia midiática não reflete apenas nas pessoas, consumidoras daquela informação. Nota-se que nasce, através dessa influência, uma pressão popular sobre os poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) que cedem aos reclamos populares e criam a cultura do punitivismo.

Para Zaffaroni a solução para essa imposição feita pela imprensa da figura estereotipada de um criminoso deveria ter seu enfoque alterado, ocorrendo assim um "ressignificação" da criminalidade, ou seja, dar um novo sentido aos fatos publicados.

Embora o tema seja atual, Shecaira há mais de 20 anos (1996, p. 16) já entendia que a "mídia é uma fábrica ideológica condicionadora".

CONCLUSÃO

A exposição realizada nesse trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, demonstrou as diferentes linhas do pensamento teórico sobre a recepção da mensagem pelo indivíduo.

Foram apresentadas as correntes criminológicas que objetivaram explicar o impacto que a mídia exerce no cotidiano da sociedade. Essas teorias focaram em diferentes aspectos do campo comunicacional, demonstrando que esse estudo sobre a influência ainda esta em crescente evolução.

Não existe um consenso ou uma supremacia referente à compreensão sobre a relação comunicação versus criminalidade. Parte dos estudiosos desse fenômeno

entende que a informação veiculada na mídia, atualmente a eletrônica, tem capacidade de funcionar como fator desencadeante para a criminalidade e, nessa esteira, defende que a abordagem feita a um crime violento deve-se evitar dar destaque aos executores e ao modo de execução, pois este ato poderia ser copiado pelo indivíduo tendente ao desvio.

Outra parte da doutrina, em contrapartida, afirma não ser possível atribuir esse efeito persuasivo a mensagem, visto que nos tempos atuais é praticamente impossível encontrar uma pessoa que não tenha sido exposta a comunicação, e, por isso, não seria possível aferir tal influência.

Percebe-se, assim, que não será possível estabelecer um consenso único acerca da influência desses meios eletrônicos na criminalidade em massa, pois inúmeros fatores são apresentados como desencadeadores da conduta delitiva.

De todo o exposto, percebe-se que à medida que os meios de comunicação evoluem outras teorias surgem para explicar os possíveis resultados dessa interação. A internet trouxe inúmeros benefícios e, indubitavelmente, malefícios a sociedade, cabendo aos pesquisadores ficarem atentos a esses fatos sociais e trazerem respostas científicas sobre os fatores criminológicos que influenciam na consecução do delito.

BIBLIOGRAFIAS

_____. **A origem da escrita chinesa e sua revolução.** China ABC. Disponível em: <<http://portuguese.cri.cn/chinaabc/chapter14/chapter140507.htm>> Acesso em: 03 jul. 2019.

_____. **Brasil é o segundo país no mundo com maior número de crimes cibernéticos.** UOL São Paulo. Fev/2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2018/02/15/brasil-e-o-segundo-pais-no-mundo-com-maior-numero-de-crimes-ciberneticos.htm>> Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Como cobrir atos terroristas sem ser envolvido na propaganda de seus autores. A questão divide as redações em todo o mundo democrático. Jornal ANJ Online. Mar/2019. Disponível em: <[https://www.anj.org.br/site/component/k2/73-jornal-anj-online/18094-como-cobrir-atos-terroristas-sem-ser-envolvido-na-](https://www.anj.org.br/site/component/k2/73-jornal-anj-online/18094-como-cobrir-atos-terroristas-sem-ser-envolvido-na)

[propaganda-de-seus-autores-a-questao-divide-as-redacoes-em-todo-o-mundo-democratico.html](#)> Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Assassinos receberam dicas de fórum extremista da deep web para atacar escola de Suzano. Dupla deixou rastros na internet para avisar sobre massacre em Suzano.** Mar/2019. Disponível

em: <<https://araguaianoticia.com.br/noticia/25429/assassinos-receberam-dicas-de-forum-extremista-da-deep-web-para-atacar-escola-de-suzano>> Acesso em: 14 jul. 2019

AGUIAR, L. M.M. **A escrita do antigo Egito.** Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/a-escrita-antigo-egito.htM> Acesso em: 2 jul 2019.

ARAÚJO, T. **Cultura, subcultura e contracultura.** Ago/2014. Disponível em: <<https://prezi.com/ugnlfrdnidma/cultura-subcultura-e-contracultura/>> Acesso em: 16 jul. 2019.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Raven: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio.** Trad. Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BIANCHINI, A.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, L.F. **Direito Penal.** 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTENCOURT, C. R. Princípios Garantias e a Delinquência do Colarinho Branco. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. (IBCCrim).** São Paulo, v. 3, n. 11, jul./set. 1995, p. 123/124

_____. **Tratado de direito penal: parte geral.** 15. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOLDT, R. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo.** Curitiba: Juruá, 2013.

BORDENAVE, J. E. D. **O que é comunicação.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

BUDÓ, M.D. Violência, criminalidade e meios de comunicação: interfaces entre Psicologia, Comunicação Social e Criminologia. **Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação.** XXXIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Caxias do Sul, RS, Set/2010.

CABETTE, E.L.S. **A criminologia no século XXI.** Direito Penal – Parte Especial I, 2012. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937415/a-criminologia-no-seculo-xxi>> Acesso em: 15 jul. 2019.

CARPANEZ, J. Mentira que mata - O passo a passo do 1º caso de repercussão no Brasil em que notícias fraudulentas levaram a uma tragédia.

Ago/2018. Disponível em: <<https://www.uol/noticias/especiais/das-fake-news-ao-linchamento-como-uma-mentira-levou-a-morte-de-uma-inocente.htm#psicologos-citam-efeito-de-manada?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 15 jul. 2019.

CHARAUDEAU, P. **Discurso das Mídias**. Trad. Angela M. S. Correa. 2. Ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2012.

COSTELLA, A.F. **Comunicação: do grito ao satélite**. 4 ed. São Paulo: Mantiqueira, 2001.

DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DEFLEUR, Melvin L; BALL-ROKEACH, S. **Teorias da comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993

DURKHEIM, É. **As Regras do Método Sociológico**. Lisboa: Editorial Presença, 6.ª Ed., 1995.

_____. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, N. W. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, W.R.V. **"Efeito Copycat", violência e sincromisticismo**. Ago/2012. Disponível em: <<http://cinegnose.blogspot.com/2012/08/efeito-copycat-violencia-e.html>> Acesso em: 07 jul. 2019.

FERREL, Jeff; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. **Cultural criminology: an invitation**. London: SAGE, 2008.

FIOCRUZ. **Como se deu o desenvolvimento da escrita?** Ago/2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/infantil/voce-sabia/2015/08/como-se-deu-o-desenvolvimento-da-escrita>> Acesso em: 02 jul. 2019.

FUNDAÇÃO CIDADE DAS ARTES. **A era do ouro do rádio**. Jan/2015. Disponível em: <<http://cidadedasartes.rio.rj.gov.br/noticias/interna/587>> Acesso em: 06 jul. 2019.

GIRARD, R. **Aquele por quem o escândalo vem**. Trad. Carlos Nougé. São Paulo: É Realizações, 2011.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, Alice. "Direito Penal" do inimigo e os inimigos do Direito Penal. **Revista Ultima Ratio**, Rio de Janeiro: Lumens Juris, ano 01, n. 0, p. 329-356, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Teoria geral do populismo penal. IN: **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. Coord. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, L. F. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698>> Acesso em: 15 jul. 2019.

GONTIJO, S. **O Livro de Ouro da Comunicação**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004

GORCZESKI, V. **Como a internet contribuiu para a morte brutal de Fabiane. A dona de casa foi brutalmente assassinada por cidadãos comuns, crentes numa lenda alimentada por páginas irresponsáveis na web.** Mai/2014. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/05/bcomo-internetb-contribuiu-para-morte-brutal-de-fabiane.html>> Acesso em: 15 jul. 2019.

GOUVEIA, L. M.I B. **Notas de contribuição para uma definição operacional.** 2004. Disponível em: <http://www2.ufp.pt/~lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf> Acesso em: 10 jul. 2019.

HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. **Cultural criminology: some note on the script.** *Journal Theoretical Criminology* v. 8, n. 3, p. 259-285. Disponível em: <<http://blogs.kent.ac.uk/culturalcriminology/>> Acesso em: 02 jul. 2019.

HITLER, Adolf. **Mein Kampf.** Landsberg, Alemanha, 1925.

KUNRATH, J.C.T.M. A expansão da criminalidade no cyberspaço. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017.

LAVOR, I.L. **Criminologia Crítica: você já ouviu falar dela, mas sabe o que realmente significa?** Canal Ciências Criminais. Jan/2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/critica-significa/>> Acesso em: 17 jul. 2019.

LIMA, C.N.L. **A delinquência juvenil sob o enfoque criminológico.** IN: **Criminologia e os problemas da atualidade.** Org. SÁ, Alvinio Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. São Paulo: Atlas, 2008.

LOMBROSO, C. **O homem delinquente.** São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES JÚNIOR, A. **Introdução Crítica ao Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MAGALHÃES, P.L. **Influência da evolução tecnológica na comunicação humana: estudo das redes sociais.** Mai/2010. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/30916136/Influencias-da-evolucao-tecnologica-na-comunicacao-humana-estudo-das-redes-sociais>> Acesso em: 03 jul. 2019.

MANFREDINI, B. **Conhece os chans? Autores do massacre em Suzano acessavam fóruns da deep web.** Brasil Econômico. Mar/2019. Disponível em: <<https://tecnologia.ig.com.br/2019-03-14/massacre-suzano-chans.html>> Acesso em: 14 jul. 2019.

MATHIESEN, T. Television, Public Space and Prison Population. **Punishment & Society**, vol. 3 (1), 2001.

MERELES, C. **Notícias falsas e pós-verdade: o mundo das fake news e (des)informação.** Nov/2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/>> Acesso em: 15 jul. 2019.

NETO, E. D. **Sociedade de risco, direito penal e política criminal.** IN: Revista de Direito Público, Londrina v. 5, n. 2, ago. 2010.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**, parte geral. V.1. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, P. S. **Introdução à Sociologia.** São Paulo: Ed. Ática, 2010.

OLIVEIRA, G. **Teorias da Comunicação – resumo com ilustrações**. 2019. Disponível em: <<http://pautar.com.br/teorias-da-comunicacao-resumo-com-ilustracoes/>> Acesso em: 09 jul. 2019.

OXLEY DA ROCHA, Á. **Crime e cultura: novas perspectivas e abordagens em criminologia e controle da criminalidade**. In: GAUER, Ruth Maria Chitó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

PERLES, J. B. **Comunicação: conceitos, fundamentos e história**. 2007.

PRITTWITZ, C. O Direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Disponível em: < www.revistadostribunais.com.br > Acesso em: 05 jul. 2019.

RODRIGUES, V. G. Direito penal do inimigo como instrumento de controle social. IN: ARGUMENTA: **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI** - UENP. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. N.12 (janeiro/junho): Jacarezinho, 2010.

_____. O direito penal do inimigo sob a ótica do devido processo legal. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica), Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2008.

ROXIN, C. **Derecho Penal**, parte general. 2ª edição. Tomo I. Madrid: Tomson Civitas, 1999.

SALATIEL, J.R. Escola de Frankfurt – Crítica à sociedade de comunicação de massa. **Especial para a Página 3 Pedagogia & Comunicação**, 2019. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/escola-de-frankfurt-critica-a-sociedade-de-comunicacao-de-massa.htm?cmpid=>> Acesso em: 09 jul. 2019.

SANCHEZ, Jesús-María S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, J. C. **A criminologia radical**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, L.; LIMA, M. **A história do Jornal**. Abr/2013. Disponível em: <<https://ahistoriadacomunicacao.wordpress.com/2013/04/01/a-historia-do-jornal/>> Acesso em: 02 jul. 2019.

SENDEREY, I. D. **Imprensa e criminalidade**. Trad. Ester Kososvki. São Paulo: José Bushatsky, 1983.

SHECARIA, S.S. **Criminologia**. 4. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Criminologia**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Mídia e Crime**. IN: Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva. Org. SHECAIRA, Sérgio Salomão. São Paulo: Editora Método, 2001.

_____. **A mídia e o Direito Penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, ago.1996.

- SILVA, L.W. **Internet foi criada em 1969 com o nome de "Arpanet" nos EUA.** Jul/2019. Folha de S. Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml>> Acesso em: 06 jul. 2019.
- SIRUGI, F. **Escrita Cuneiforme.** 2019. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/civilizacoes-antigas/escrita-cuneiforme/>> Acesso em: 02 jul. 2019.
- SPERANDIO, L. **'Copycat Effect': A tragédia de Suzano pode inspirar outras pessoas a fazer o mesmo?** Gazeta do Povo, Mar/2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/copycat-effect-a-tragedia-de-suzano-pode-inspirar-outras-pessoas-a-fazer-o-mesmo/> Acesso em: 14 jul. 2019.
- STREHLAU, J. **Criminologia Cultural.** Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/juliana_strehlau> Acesso em: 15 jul. 2019
- TANGERINO, D.V. **Criminalidade e as novas tecnologias da informação e comunicação.** Jan/2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/criminalidade-e-as-novas-tecnologias-da-informacao-e-comunicacao/>> Acesso em: 15 jul. 2019.
- TARDE, G. **As leis da imitação.** Porto: Rés Editora, 2000.
- _____. **A opinião e as massas.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VIANNA, T. L. **Fundamentos de direito penal informático.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. **Hackers: um estudo criminológico da subcultura cyberpunk.** In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz; IRIARTE, Erick, PINTO, Márcio Morena (Coords.). *Informática e Internet: aspectos legais internacionais.* Rio de Janeiro: Esplanada, 2001.
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal,** parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- WINNICOTT, Donald Woods. **Privação e delinquência.** 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: perda da legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro;Revan, 1991.
- _____. **A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar.** Coord. GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. São Paulo. Saraiva. 2012.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H **Manual de direito penal brasileiro,** volume 1. 8ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

Sites consultados:

Disponível em:

<http://www.comuniquero.com/dicionario/teoria-empirica-de-campo>

<https://industriandigital.wordpress.com/2016/11/20/modelo-de-lasswell/>

<https://andreyhenriqueandreolla.jusbrasil.com.br/artigos/533944821/criminologia-cultural-e-midia-apontamentos-introductorios>

<https://www.todamateria.com.br/meios-de-comunicacao/>

<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2005/errata/fadel.pdf>

<http://digital-biblioteca.blogspot.com/2015/04/o-surgimento-da-sociedade-de-massas.html>

<https://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Televis%C3%A3o-Um-Meio-De-Comunica%C3%A7%C3%A3o-De/276576.html>

<http://pautar.com.br/teorias-da-comunicacao-resumo-com-ilustracoes/>

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml> (acesso 08/07/2019).

Acesso em: 04 jul. 2019.

NOTA:

^[1] Texto original: "Crime is an act of rule braking. It involves an attitude to rules, an assessment of their justness and appropriateness, and a motivation to break them whether by outright transgression or by neutralization. It is not, as in positivism, a situation where the actor is mechanistically propelled towards desiderata and on the way happens to cross the rules; it is not, as in rational choice theory, a scenario where the actor merely seeks the holes in the net of social control and ducks and dives his or her way through them. Rather, in cultural criminology, the act of transgression itself has attractions – it is through rule breaking that subcultural problems attempt solution" (HAYWARD; YOUNG, 2011, p. 7).

CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: UMA PROBLEMATIZAÇÃO NECESSÁRIA

Maria Eduarda Camargo Pereira, o autor:
Discente do 1º período do curso de Direito do Centro
Universitário de Patos de Minas – Unipam.

HELEN CORREA SOLIS NEVES¹¹¹

RESUMO: O presente artigo busca abordar a criminalização da homofobia, algo muito discutido no Brasil e no mundo atualmente. Assim, o tema em questão foi dividido em três tópicos, a fim de entender como essa discussão perpetuou na história mundial, como essa problemática ainda influencia a vida da sociedade no mundo contemporâneo e como funciona a legislação de alguns países a respeito deste tema. Além disso, é objetivo do artigo abordar os mais diversos posicionamentos, a fim de permitir uma compreensão mais ampla desta questão. Por fim, delimitou-se que a criminalização da homotransfobia é necessária, entretanto, somente deve ser efetivada quando feita da maneira correta, ou seja, por meio do Poder Legislativo e com o intermédio do sistema educacional.

PALAVRAS CHAVE: Homossexual. Sistema Educacional. Ativismo judicial. Conservadorismo.

ABSTRACT: This article seeks to address the criminalization of homophobia, something much discussed in Brazil and in the world today. Thus, the theme in discussion was divided into three topics, in order to understand how this discussion perpetuated in world history, how this issue still influences the life of society in the contemporary world and how the legislation of some countries about this subject works. In addition, it is the purpose of the article to approach the most diverse positions, in order to allow a broader understanding of this issue. Finally, it was established that the criminalization of homophobia is necessary, however, it should only be carried out when done correctly, that is, through the Legislative Branch and with the intermediary of the educational system.

KEY WORDS: Homosexual. Educational system. Judicial activism. Conservatism

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contexto histórico da violência que produziu a homotransfobia. 2. Argumentos prós e contras a criminalização da homotransfobia. 3. Experiências mundiais de criminalização e não criminalização da homotransfobia. Conclusão. Referências.

Introdução

Homofobia, segundo o dicionário, é o medo patológico em relação à homossexualidade e aos homossexuais, a quem se sente sexual e afetivamente atraído por pessoas do mesmo sexo e essa forma de preconceito prejudica milhares de pessoas diariamente. Um crime com viés homofóbico afeta a vida de todos os envolvidos, especialmente a da vítima, considerando que ela foi submetida a esse acontecimento apenas por expressar sua orientação sexual, algo que é, definitivamente, intrínseco à natureza humana. Assim, com os debates atuais, faz-se necessária a discussão da criminalização da homotransfobia, que está sendo decidida pelo Poder Judiciário brasileiro. Existem diversos posicionamentos acerca desse assunto e a finalidade desse artigo é pontuar e analisar aqueles que possuem maior relevância, ou seja, os que são mais discutidos pela sociedade.

É de suma importância o debate de ideais, independentemente do assunto, a fim de que seja possível descobrir a melhor forma para lidar com o problema apresentado, assim, isso não seria diferente a respeito da criminalização da homofobia. A apresentação de diferentes posições acerca de um mesmo assunto permite que seja visualizada a questão de uma forma mais ampla e democrática, além disso, permite que os opositores consigam enxergar o lado do seu adversário para que possam compreender o porquê daquele pensamento e respeitá-lo plenamente. A respeito da criminalização da homotransfobia, seria essa a melhor maneira de se combater o preconceito? Não seria essencial realizar outras mudanças anteriormente? O presente artigo buscará abordar os mais diversos posicionamentos e, por fim, posicionar-se-á acerca do assunto. Para responder a estes questionamentos utilizar-se-á como metodologia a revisão da bibliografia sobre o assunto, bem como matérias jornalísticas que tratam desta questão.

No primeiro tópico será feita a contextualização da historicidade do preconceito em pauta, com a finalidade de entender os motivos os quais fizeram com que existisse a possibilidade de se criar uma legislação específica para proteger a população LGBT. Além disso, é preciso compreender qual foi o momento em que

a homossexualidade começou a ser vista, por parte da sociedade, como algo negativo e descobrir se em algum momento anterior à essa depreciação existiu a aceitação e normalização do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, é fundamental para esse artigo que sejam ressaltados alguns acontecimentos, como crimes marcados pela intensa violência, os quais tornaram urgente, para os defensores da criminalização, a criação de uma lei que punisse de forma específica quem praticasse atos homofóbicos. Por fim, torna-se necessário citar dados os quais confirmem a violência existente para com a comunidade LGBT, especialmente no Brasil.

Em segundo lugar, é fundamental que sejam pontuados os posicionamentos mais contundentes a respeito da possível criminalização da homotransfobia. Os argumentos, tanto favoráveis quanto contrários, devem apresentar, preferencialmente, embasamento teórico, mesmo que religioso. Assim, será analisada a Constituição Federal de 1988 e os direitos que nela estão previstos e como isso influencia na criminalização da homofobia. Além disso, outros documentos legislativos, a exemplo do Código Penal, serão analisados à luz da pauta em questão. Também serão discorridos os argumentos contrários à criminalização da homofobia por meio do viés religioso, argumento utilizados por alguns dos críticos à criação dessa lei. Ademais, o sistema carcerário também será pautado no artigo, assim como questões acerca da criminalidade no Brasil. Por fim, será discorrida sobre a existência do ativismo judicial, considerando que a votação da criminalização da homotransfobia está sendo realizada pelo Supremo Tribunal Federal, membro do Poder Judiciário.

Em terceiro lugar, é preciso que sejam feitas análises acerca de países que criminalizaram ou não essa forma de preconceito, entender o contexto histórico e educacional no qual eles estão inseridos e descobrir, no caso dos países que criminalizaram a homotransfobia, se a criação da lei foi a única medida utilizada. Assim, serão pontuados e estudados o Canadá, que criminalizou essa forma de preconceito, os Estados Unidos, que também criminalizaram, porém, apresentam certas dificuldades quando se trata da prevenção de crimes homofóbicos e o Sudão,

país o qual possui fortes índices de homofobia e, claramente, não a criminalizou. Finalmente, é essencial que seja mencionada a função da educação, especialmente na formação dos membros da sociedade.

Assim, após abordar todos os temas citados anteriormente, será possível apontar os melhores caminhos para acabar ou prevenir a homofobia, mesmo que isso inclua ou não a sua criminalização. Como dito anteriormente, apenas por meio da discussão dos posicionamentos existentes será possível decidir se a melhor decisão para resolver problemas como esse seria criar uma lei específica e apostar no poder do Direito Penal para resolver problemas como esse.

1. Contexto histórico da violência que produziu a homotransfobia

O art. 3º da Constituição Federal de 1988, precisamente no inciso IV, prevê que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, entretanto, quando o assunto é a comunidade LGBT, é fato que não existe a efetivação desses objetivos previstos na Lei Maior. Assim, é necessário fazer um aparato geral e histórico sobre o porquê da necessidade do debate mediante a criminalização da homotransfobia, especialmente no ano de 2019.

Por milhares de anos o amor entre duas pessoas do mesmo gênero foi considerado como algo comum, especialmente em sociedades que ainda não haviam tido contato com o homem branco, a exemplo do Brasil antes da Era Colonial, como afirma o jornal O Globo (SANCHES, 2018, online). Com a chegada dos portugueses, os costumes europeus foram espalhados por meio da violência e, junto a esses hábitos, a homofobia chegou e se consolidou. É de suma importância ressaltar o viés jesuíta do pensamento do colono português, logo, esse assunto foi tratado com um olhar totalmente religioso, baseado na “Bíblia”.

Ainda dentro do contexto histórico colonial, segundo o jornal Opção (BELÉM, 2015, online), um documento datado de 1549, escrito pelo sacerdote e chefe da primeira missão jesuítica na América, Padre Manoel da Nóbrega, já relatava hábitos homossexuais presentes na cultura indígena brasileira e, por meio desse

documento, denunciou-os a Coroa Portuguesa, ainda assim, de acordo com a reportagem “Amor de índio”, publicada na revista Aventuras na História (BERNARDO, 2017, online), a primeira vítima de um crime com viés homofóbico no Brasil foi o índio Tibira, que foi preso, torturado e morto a mando do entomólogo francês Yves d’Evreux. O sofrimento do índio foi documentado pelo missionário citado anteriormente em seu diário “Viagem ao Norte do Brasil feita nos anos de 1613 e 1614”, o pretexto utilizado foi o de “purificar a terra do abominável pecado da sodomia”.

Na história recente do Brasil, diversos casos de violência foram registrados contra essa parcela da população, como foi relatado no livro “Holocausto Brasileiro” da jornalista Daniela Arbex, o qual denuncia o isolamento involuntário de pessoas, dentre elas LGBTs, em um hospício na cidade de Barbacena, em Minas Gerais. Ainda sobre o livro, diversos casos de tortura e exposição a condições subumanas vividos por homossexuais confinados são relatados (ARBEX, 2013, p. 14). Posteriormente, no decorrer da história, outras vidas seriam perdidas para o preconceito.

Com a chegada dos ditos tempos modernos, a heteronormatividade foi agraciada pela sociedade, seja por questões religiosas ou puramente culturais. Sendo assim, relações homoafetivas, que fogem desse padrão, tendem a ser discriminadas puramente por sua natureza desviante do modelo considerado positivo e aceito pela comunidade. Um exemplo a nível mundial das consequências da homotransfobia foi a perseguição efetivada pelo regime nazista aos homossexuais com o denominado “triângulo rosa”, símbolo o qual era utilizado para marcar homossexuais nos campos de concentração (PARKINSON, 2016, online).

Nesse íterim, a homossexualidade foi oficialmente retirada da lista internacional de doenças escrita pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 17 de maio de 1990, porém, mesmo após essa conquista, ainda existem tentativas de tratar a homossexualidade, considerando-a como algo patológico, o que contraria a OMS (FACCHINI, 2018, online). A homotransfobia no Brasil foi amplamente intensificada nos últimos anos, tendo em vista que, de acordo com jornal O Globo

(17 jan. 2018, online) o assassinato de LGBTs aumentou 30% entre 2016 e 2017, essa pesquisa foi realizada pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), a mais antiga associação de defesa dos direitos humanos dos homossexuais no Brasil, fundada em 1980. Além disso, ainda segundo o jornal O Globo (QUEIROGA, 2018, online), a nação brasileira segue no primeiro lugar no ranking mundial de assassinatos de transexuais, de acordo com pesquisa da ONG Transgender Europe, uma rede de diferentes organizações de pessoas transexuais, transgêneros e outras pessoas que pensam da mesma maneira para combater a discriminação e apoiar os direitos das pessoas trans.

É importante frisar que o comportamento homossexual está presente em todas espécies, o que faz dele algo completamente normal e natural, entretanto, a espécie humana é dotada de preconceitos, o que faz com que esse comportamento seja julgado e, conseqüentemente, condenado por algumas pessoas, mesmo sendo algo intrínseco à natureza humana. Sendo assim, fica explícito que, mesmo com atitudes internacionais, como foi o caso do feito histórico da OMS por meio da retirada da homossexualidade da lista internacional de doenças, a homofobia não acabou, pelo contrário, o índice de assassinados com motivações homofóbicas aumentou no Brasil.

Casos de violência extrema, como o assassinato da travesti Dandara dos Santos relatado pelo jornal BBC (LAVOR, 2017, online), que foi apedrejada e morta a tiros em 15 de fevereiro de 2017, na cidade Fortaleza no Ceará, chocam toda a sociedade e aumenta ainda mais o medo da comunidade LGBT de realizar atividades corriqueiras, como ir ao supermercado ou andar na rua. Após barbáries como estas, o clamor popular por mudança na legislação brasileira toma conta da mídia, a criminalização da homofobia se torna uma alternativa para tentar fornecer segurança, que é um direito individual, às lésbicas, aos gays, aos bissexuais e às pessoas trans.

Segundo o site do Senado Federal (BORTONI, 2017, online), a expectativa média de vida de um transexual no Brasil é de 35 anos, a metade da media nacional. Isso está diretamente relacionado com a cultura do ódio existente quando o

assunto é homossexualidade. Discursos de ódio efetuados por algumas autoridades do país não colaboram em nada para a dignificação da vida do transexual no Estado que, ainda conforme o site do Senado Federal (BORTONI, 2018, online) mais mata essa parcela da sociedade. A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à vida e, claramente, isso não está sendo assegurado aos transexuais.

Os direitos LGBTs ainda são prematuros no Brasil, por exemplo: o casamento homoafetivo só foi garantido pela justiça em 15 de maio de 2013, ou seja, anteriormente os casais homossexuais não tinham o mesmo direito dos casais heterossexuais, mesmo que a igualdade esteja prevista na Constituição Federal de 1988. Além disso, conforme o jornal O Globo (MENDES; FERREIRA, 2018, online) o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) somente regulamentou as alterações de nome e sexo no registro civil para pessoas transexuais sem precisar apresentar uma ordem judicial em 28 de junho de 2018, fato que por si só aponta a prematuridade dos direitos dessa parcela da sociedade.

Dessa maneira, é fundamental para esse artigo ressaltar que, consoante ao jornal Folha de São Paulo (MANTOVANI, 2019, online), relações homossexuais ainda são consideradas crime em 70 países do mundo, alguns preveem a pena de morte para quem cometer tal ato. Nesse contexto, são por motivações como as citadas anteriormente que o debate da criminalização da homofobia é necessário, a fim de se verificar se esta é a melhor solução.

2. Argumentos prós e contras a criminalização da homotransfobia

Inicialmente, é interessante mencionar que para que haja democracia é fundamental que haja oposição, ou seja, debate de opiniões, ideias e pensamentos, tendo em vista que só é possível obter conhecimento ao analisar todos os lados existentes do assunto proposto. Nesse contexto, a criminalização da homotransfobia divide opiniões em toda a sociedade, com pessoas contra e a favor dessa proposta, assim, é fundamental para esse artigo que os dois polos sejam examinados, a fim de que seja possível a análise do tema da maneira mais ampla possível.

Em primeiro lugar, esse artigo contemplará os argumentos favoráveis à criminalização da homofobia no Brasil. Sendo assim, por que a criminalização da LGBTfobia seria necessária? Historicamente, a comunidade LGBT foi marginalizada pelas igrejas, detentoras de grande influência na sociedade medieval e também na modernidade, as quais consideram as relações homossexuais pecado. Essa marginalização também ocorre por parte do Estado e sua inércia mediante os diversos crimes de ódio que ocorreram nos últimos anos, como citado no primeiro tópico, considerando que crimes com motivações homofóbicas ocorrem há muito tempo e mesmo assim não houve a criação de uma lei específica para esse grupo social vulnerável.

O art. 1º Constituição Federal de 1988 aponta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu inciso III, a dignidade humana. Dessa maneira, para muitos, a criminalização da homofobia seria a garantia dessa proposição, ao compreender que a população LGBT deveria ter assegurado seu direito de expressar livremente a sua orientação sexual e a sua identidade de gênero, sem precisar temer por sua vida, já que isso faz parte do preceito em questão. Assim, ao afirmar que toda Nação busca efetivar o texto constitucional, criminalizar a homotransfobia seria um dos caminhos para tal. Ainda a respeito da Constituição Federal de 1988, precisamente em seu art. 5, inciso XLI, afirma que “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, ou seja, não criminalizar a LGBTfobia seria, para os defensores dessa pauta, um claro desrespeito à Carta Magna.

Além disso, muitos afirmam que seria uma questão de igualdade, ao apontar que outros grupos vulneráveis, como as mulheres, possuem legislações específicas, a exemplo da Lei Maria da Penha, que, de acordo com seu preâmbulo, “Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Ademais, os defensores dessa causa afirmam que, caso aprovada a criminalização da homotransfobia, seria um mecanismo essencial para garantir o direito à vida, afinal, segundo um levantamento obtido pelo jornal O Globo (SOUTO, 2018, online), a cada 19 horas um LGBT é assassinado ou comete suicídio, o que faz o Brasil ser

campeão desse tipo de crime e esses dados apontariam, claramente, uma urgência social relativa a esse tema.

Em entrevista ao jornal BBC (BARIFOUSE, 2019, online), o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre de Moraes afirmou que o Congresso sempre ofereceu proteção pela lei penal a grupos sociais vulneráveis, como crianças e adolescentes, idosos, portadores de deficiência, mulheres e consumidores, “No entanto, apesar de dezenas de projetos de lei, só a discriminação homofóbica e transfóbica permanece sem nenhum tipo de aprovação. O único caso em que o próprio Congresso não seguiu o seu padrão”. Ainda conforme essa entrevista ao jornal BBC, para o advogado Paulo Iotti, doutor de Direito Constitucional, “O direito penal existe para defender a sociedade e também minorias e grupos sociais vulneráveis. Por isso, criminaliza o racismo e coíbe a violência contra a mulher, mas o Código Penal não é suficiente hoje para proteger a população LGBT.”.

Essa insuficiência do Código Penal se explica ao colocar em pauta que crimes homofóbicos ainda ocorrem com frequência considerável, já que, como citado anteriormente, a cada 19 horas um LGBT é assassinado ou comete suicídio no Brasil. Além disso, esses crimes ocorrem com tamanha violência, a exemplo do caso reportado pelo site de notícias G1 (2019, online), no qual relata que a travesti Quelly da Silva, de 35 anos, foi assassinada e teve seu coração arrancado. O assassino afirmou, sorrindo, que a travesti era um demônio e tranquilamente descreu o crime cometido.

Ademais, uma parcela dos defensores da pauta em discussão afirma que a homofobia seria uma forma de racismo e que deveria ser enquadrada nessa modalidade criminal (Lei 7716/89), já que, novamente, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5, inciso XLI que “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”. Portanto, assim como o crime de racismo é um atentado aos direitos fundamentais previstos no artigo 5 da Lei Maior, o mesmo seria válido para a homofobia, que é uma violação clara de direitos tais como: o direito à segurança, à liberdade, à igualdade, à dignidade, e, muitas vezes, à vida. Em notícia divulgada pelo site do Consultor Jurídico (POMPEU, 2019,

online), o ministro Celso de Mello, em seu voto a respeito da criminalização da homofobia, argumenta que esse preconceito seria uma forma de racismo contemporâneo, tendo em vista que ambas as maneiras de discriminação estão baseadas no mesmo preceito de exclusão.

Ademais, outra vertente a respeito da criminalização da homotransfobia é a de que isso seria apenas o exercício da concepção do Direito Penal. Para Bitencourt (2018, p. 141):

Atualmente podemos afirmar que a concepção do direito penal está intimamente relacionada com os efeitos que ele deve produzir, tanto sobre o indivíduo que é objeto da perseguição estatal, como sobre a sociedade na qual atua. Além disso, é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade. Muñoz Conde acredita que sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias.

Dessa maneira, para cumprir com a concepção do Direito Penal e controlar a violência existente para com a comunidade LGBT, seria fundamental a criminalização dessa forma de preconceito, considerando que um dos efeitos produzidos pela norma poderia ser a diminuição de crimes com motivações homofóbicas e que existe, claramente, uma necessidade de se criar uma pena para tais crimes. Além disso, a convivência em sociedade, que faz parte dessa concepção, seria facilitada, tendo em vista que a comunidade LGBT poderia ter seus direitos assegurados por meio de uma lei penal.

Ainda segundo o Direito Penal, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana e preencher a lacuna existente na lei, lacuna a qual não permite que os homossexuais e os transexuais tenham seu direito de viver assegurado, o Poder Judiciário teria a necessidade de fazer a analogia da lei. Dessa forma, o STF estaria cumprindo apenas a sua função, ou seja, caso haja insuficiência na lei, o juiz deve fazer a analogia. Segundo Bitencourt (2018, p. 207):

A analogia não se confunde com a interpretação extensiva ou mesmo com a interpretação analógica. A analogia, convém registrar desde logo, não é propriamente forma de interpretação, mas de aplicação da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna na lei. Na verdade, a analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Nese hipótese, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação.

Por fim, após a apresentação dos fatos anteriores, criminalizar a homofobia, para os defensores da pauta, mesmo que feito pelo STF, não seria nada além do cumprimento da função judiciária, já que este deve realizar a analogia em caso de existir uma lacuna na lei. Portanto, fica explícito, de acordo com os defensores do argumento posterior, que, caso não criminalizada a homotransfobia, o judiciário estaria sendo omissos para com sua função.

Em segundo lugar, faz-se necessária a discussão mediante os argumentos contrários à criminalização da homofobia, tendo em vista que o artigo se propõe à esta análise. Existem diversas vertentes a respeito desse assunto, umas delas, por mais fundamentalista que seja, utiliza a pauta de que, caso criminalizada a homofobia, a liberdade religiosa estaria em risco. A atual Constituição vigente no país afirma, em seu artigo 5, inciso VI, que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Assim, a criminalização da homofobia violaria a proteção à liturgia religiosa, ao considerar que livros sagrados, como a “Bíblia”, condenam práticas homossexuais, como afirma o terceiro

livro do texto sagrado em questão, Levíticos, em seu capítulo 18, versículo 22 “com homem não te deitarás, como se fosse mulher, abominação é”.

Além disso, outro pensamento contrário à criminalização da LGBTfobia está embasado no fato do Brasil ter, de acordo com o site da Câmara dos Deputados (CALVI, 2018, online) a quarta maior população carcerária do mundo, composta por, aproximadamente, 700 mil presos, logo, o país não possui a estrutura necessária para comportar essa quantidade exorbitante de detentos. Dessa forma, criminalizar a homofobia iria aumentar esse número que já é, obviamente, inadequado. Ainda segundo matéria citada anteriormente, 61,7% dos encarcerados são pretos ou pardos e 75% deles possuem até o ensino fundamental completo, fato que seria um indicador de baixa renda, ou seja, ao criminalizar a homotransfobia, essas parcelas da população (negros e pobres) seriam ainda mais penalizadas, tendo em vista que são os que mais sofrem com o sistema penal brasileiro, o que entra no âmbito da criminalização da pobreza. Para Wilson Faria, doutor em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (Argentina), doutor em Direito Civil pela Universidade de Granada (Espanha), pós-doutor em Direito Penal pela Universidad Del Museo Social Argentino (Argentina), especialista em Ciências Criminais pela PUC-RS, dentre outras qualificações, em seu artigo “O Ministério Público na Vanguarda do Combate ao Racismo”, publicado no site da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (2015, online):

No nível simbólico, ou seja, no nível das representações recíprocas que os grupos constroem interativamente, o racismo estará particularmente empenhado em pôr à mesa uma série de rebaixamentos sobre o negro, fazendo pesar-lhe a acusação de criminoso em potencial. Proveitosamente, o sistema penal reintensifica como pode o aludido estereótipo, convocando os discriminados a prestarem explicações reiteradas vezes. Não é demais, assim, afirmar que o sistema penal representa a continuidade do racismo por outros meios

ou que, o sistema de discriminação penal está organicamente vinculado ao sistema de discriminação racial

Dessa maneira, criminalizar a homofobia poderia, por consequência do racismo existente no Direito Penal, encarcerar mais negros e aumentar a desigualdade racial já existente no país. Como visto anteriormente, a maior parte da população carcerária é negra e, com a criação de mais punições penais, esse número poderia se tornar ainda mais expressivo.

Ainda a respeito do sistema carcerário brasileiro, cabe a seguinte reflexão: mesmo sendo o quarto país que mais encarcera no mundo, a taxa de criminalidade no Brasil ainda é alta, colocando em pauta que, de acordo com o site de notícias G1 (2019, online), mesmo com queda de 10% nas mortes violentas, o país registrou, no ano de 2018, 51.589 assassinatos. Ou seja, será mesmo que mandar mais pessoas para a cadeia, sem se preocupar com a causa primeira do problema, seria a solução para o fim da homofobia? Criminalizar condutas realmente reduz a criminalidade?

Ademais, o fato da possível criminalização da LGBTfobia ser votada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) caracteriza, claramente, um caso de ativismo judicial e, para o juiz federal Roberto Wanderley Nogueira, doutor em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), professor da Faculdade de Direito de Recife (UFPE) e na Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), em artigo publicado no site do Consulto Jurídico (NOGUEIRA, 2019, online), "Fora da previsão constitucional, portanto, todo ativismo é um exercício arbitrário de razões próprias (metajurídicas) e as suas decisões, efeitos dessa espiritualização que não podem ser tomadas como produto de Estado". Assim, permitir a criminalização da homofobia por meio de um ato de ativismo judicial seria dar aval ao comportamento arbitrário do Poder Judiciário.

Portanto, fica evidente que os argumentos de ambos os posicionamentos são válidos e, em sua maioria, possuem algum embasamento teórico. Ademais, posteriormente serão analisadas experiências mundiais de criminalização e não criminalização da LGBTfobia, a fim de ser possível a contemplação de casos concretos mediante esse assunto.

3. Experiências mundiais de criminalização e não criminalização da homotransfobia

A homofobia, segundo o jornal Correio do Estado (AVELAR, 2019, online), atualmente, é crime em mais de 40 países, nessas Nações, a prática de LGBTfobia é considerada um agravante de crime de ódio. Esse artigo se propõe a analisar, em âmbito mundial, a criminalização da homotransfobia, a fim de considerar os dois polos, ou seja, os defensores e os críticos à criminalização e refletir se é ou não a melhor forma de se combater o preconceito. Assim, é preciso questionar: a criminalização foi feita unicamente por viés penal/judicial ou em conjunto de outras medidas? Histórica e educacionalmente, qual a diferença desses países, com destaque para o Canadá, para com o Brasil?

O Canadá, considerado um país desenvolvido, segundo artigo publicado na Revista Educação e Cultura Contemporânea, escrito por Nilson Fernandes Dinis, psicólogo, mestre em filosofia pela Universidade Estadual de Campinas e doutor pela Universidade Estadual de Campinas (2012, p. 75), é contra a discriminação à orientação sexual desde 1982, por meio da Canadian Charter of Rights and Freedom. Ademais, a Lei Canadense de Direitos Humanos afirma, em sua primeira parte, que:

Para todos os efeitos desta Lei, as razões de discriminação proibidas são raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de gênero, estado civil, status familiar, características genéticas, deficiência e condenação por um delito para o qual foi concedido um perdão ou em relação ao qual foi ordenada a suspensão de um registro

Além disso, ainda segundo o artigo mencionado anteriormente, o país foi pioneiro entre os países americanos em adotar políticas de inclusão de direitos da comunidade LGBT em sua agenda. Fatos como os citados acima apontam uma proteção considerável à população homossexual por parte do Estado canadense.

É possível afirmar que a educação canadense tem sido um alicerce essencial para a aceitação LGBT, já que as escolas e universidades abordam assuntos relacionados à diversidade sexual e, com isso, alcançam maior visibilidade e apoio aos homossexuais. Nesse ínterim, como aponta Nilson Fernandes Dinis, (2012, p. 77):

Mesmo que o conservadorismo esteja ainda presente em parte do discurso educacional, o processo de desconstrução das categorias tradicionais das identidades sexuais e de gênero tem sido bastante presente no mundo contemporâneo devido à atuação dos grupos feministas e dos grupos LGBT que reivindicam mais espaço de representação em nossa sociedade. Um desses espaços tem sido justamente o do currículo das escolas de ensino fundamental e médio, e também no processo de formação de docentes nas universidades. Essa maior visibilidade tem resultado em uma maior conscientização dos direitos das minorias sexuais e de gênero, porém tem também despertado reações por parte de grupos conservadores que reivindicam em nome da “liberdade de expressão” seu direito de discriminar determinados grupos. Tal cenário apela para que o tema da diversidade sexual e de gênero seja cada vez mais debatido no currículo de formação docente, preparando educadoras e educadores para resistir aos discursos normativos sobre corpo, gênero e sexualidade. A maioria das universidades no Canadá parece ter se integrado a essa proposta incentivando a inserção de temas sobre diversidade sexual ou de gênero nas suas grades curriculares, e ao mesmo tempo desenvolvendo políticas de combate às discriminações baseadas em identidade de gênero ou em orientação sexual

Entretanto, é necessário analisar o contexto educacional no qual se encontra o Canadá, considerando que é um país usado como referência mundial quando se trata de educação, já que, segundo matéria publicada pelo jornal BBC (COUGHLAN, 2017, online), o país é uma superpotência quando se trata de educação e ficou entre os dez melhores países em matemática, ciência e interpretação de texto. Dessa maneira, para Maria Cecília de Souza Minayo, cientista social, mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e doutora em saúde pública pela Fundação Oswaldo Cruz, em artigo publicado pela Revista Pedagógica (2013, p. 258):

Portanto, é possível pensar a educação como uma forma de diminuir a violência social e a criminalidade no médio e no longo prazo, pois os indivíduos melhores preparados e com maiores qualificações conseguem se inserir melhor no mercado do trabalho, têm mais oportunidades, melhores salários, têm mais noção de cidadania e de seus direitos e deveres, o que os torna menos propensos a se inserirem em grupos criminosos.

Acerca da citação feita anteriormente é plausível afirmar que a educação inibe a violência, a qual, muitas vezes, a comunidade LGBT é vítima. Por consequência, é possível perceber uma realidade social muito diferente da encontrada no Brasil, especialmente no âmbito educacional, logo, existe o seguinte questionamento: não seria necessário, antes de se criminalizar a homotransfobia, mudanças profundas nas bases educacionais brasileiras?

Em um possível meio termo encontram-se os Estados Unidos, país que criminaliza a homofobia por meio de sua lei federal Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act, aprovada em 2009. A respeito da lei citada anteriormente, é interessante discorrer brevemente a respeito da história de Matthew Shepard, segundo o jornal BBC (SHEERIN, 2018, online). Matthew, com 21 anos à época, era calouro da Universidade de Wyoming e abertamente homossexual. Em uma noite o estudante foi para um bar, local onde dois homens

ganharam a confiança de Shepard e o atraíram até uma picape. Dentro do carro, um dos homens arrancou uma arma, bateu em Matthew e roubou sua carteira. Eles dirigiram para fora da cidade e amarraram a vítima em uma cerca de madeira, posteriormente, torturaram o estudante e o deixaram para morrer.

Este crime marcou os Estados Unidos, considerando que, além de extremamente violento, foi cometido por motivações homofóbicas. A lei federal Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act, segundo o site do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (2019, online), fornece financiamento e assistência técnica a jurisdições estaduais e locais para ajudá-las a investigar e processar com mais eficiência os crimes de ódio motivados por, dentre outros, orientação sexual. Portanto, é considerada um grande avanço para a comunidade LGBT, considerando que essa legislação os protege dos atos homofóbicos que possam acontecer.

Entretanto, existem algumas observações a serem feitas, a fim de considerar se a legislação é realmente efetiva para o fim ou prevenção da homofobia, a exemplo de uma matéria presente na revista Galileu (LACOMBE, 2015, online), a qual afirma que, em 2015, 40% dos sem-teto dos EUA eram adolescentes gays que se encontravam em situação de rua devido à rejeição familiar por serem homossexuais:

O número estimado de jovens com esse histórico que precisam recorrer a abrigos públicos assusta: mais de 300 mil, de acordo com cálculo feito pelo Center of American Progress. E enquanto muitas outras questões gays chegam ao debate público —como casamento e adoção—, o tema do adolescente abandonado pela família permanece à sombra.

Ainda segundo a matéria citada anteriormente, o índice de suicídio é oito vezes maior entre os adolescentes gays quando comparado a um adolescente heterossexual. Outra informação que consta na matéria é o fato de que “estudos feitos com adolescentes em abrigos indicam que a maioria vem de família muito conservadora e religiosa, dentro das quais é mais difícil entender a

homossexualidade como natural e mais fácil enquadrá-la como doença ou desvio de caráter". Portanto, é possível perceber que, mesmo com uma legislação específica a respeito da homofobia, o pensamento familiar ainda continua, em partes, o mesmo e a comunidade LGBT continua a ser marginalizada, algumas vezes pelo próprio núcleo familiar.

Além disso, outro fato que deve ser destacado é que, de acordo com o site da revista Consultor Jurídico (MELO, 2017, online), "o Tribunal de Recursos de West Virginia decidiu que agressões contra gays não podem ser consideradas crime de ódio, porque a lei estadual, que menciona sexo, não menciona orientação sexual como fator de discriminação". O fato, por si só, demonstra uma clara decisão conservadora, a qual contraria a lei federal Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act citada anteriormente.

Outro acontecimento que causou discussões acerca da homofobia nos Estados Unidos foi a suspensão de casamentos gays no estado do Alabama. Segundo o site de notícias G1 (2016, online), o presidente da Suprema Corte do Alabama havia ordenado aos juízes do estado que não emitissem mais licenças matrimoniais para casais do mesmo sexo. Como consta na matéria:

A maior autoridade judicial do país legalizou o casamento do mesmo sexo em todo o território norte-americano em 26 de junho de 2015 em uma decisão histórica. Naquela época, o Tribunal decidiu que os 14 estados (de 50) que ainda se recusavam a unir duas pessoas do mesmo sexo, não só deveriam fazê-lo como também reconhecer os casamentos gays realizados em outros estados.

Mas, segundo Moore, esta decisão federal envolve "confusão e incerteza" entre os juízes de família do Alabama. Alguns se submetem a ela, outros não emitem licenças de casamento para casais gays e outros simplesmente pararam de emitir licenças, de acordo com a ordem do juiz.

Logo, fica evidente que, mesmo com a legislação existente, que criminaliza a homotransfobia, alguns fatos e decisões continuam a prejudicar a comunidade LGBT. Ou seja, existem problemas a serem resolvidos, especialmente a respeito da mentalidade conservadora existente dentro dos núcleos familiares.

Ademais, em contrapartida, existem países que não criminalizam as práticas com cunho homofóbico, o que é o caso do Brasil e, algumas vezes, possuem legislações que prejudicam a comunidade LGBT. Segundo matéria publicada pelo jornal Folha de São Paulo (SMITH, 2014, online), a África é o continente mais homofóbico do mundo. Após essa afirmação, se faz necessária a análise do contexto histórico e educacional desse local.

No quesito educacional, a África se mostra um continente com diversas dificuldades, já que, segundo o jornal BBC (BERMÚDEZ, 2017, online), “Na África Subsaariana, 88% dos alunos concluem os estudos equivalentes ao fundamental com problemas de compreensão em leitura”, fato que por si só demonstra a deficiência existente no sistema educacional africano. Dessa maneira, é possível relacionar a homofobia com índices educacionais debilitados, pois, segundo Zabala (2010, p 28):

A capacidade de uma pessoa para se relacionar depende das experiências que vive, e as instituições educacionais são um dos lugares preferenciais, nesta época, para se estabelecer vínculos e relações que condicionam e definem as próprias concepções pessoais sobre si mesmo e sobre os demais.

Conforme a citação acima, a educação molda as concepções pessoais sobre si e os demais, logo, quando há uma educação boa, tolerante e inclusiva, tal qual a do Canadá, a tolerância por parte da população sobre temas a respeito da diversidade sexual, por exemplo, é maior. Quando há mais tolerância, o preconceito diminui junto com a violência contra grupos vulneráveis, como a comunidade LGBT.

Ainda segundo a citação feita anteriormente, as instituições educacionais seriam locais essenciais para se estabelecer vínculos, esses que podem ser

fundamentais para a formação de uma sociedade mais tolerante, pois, ao conviver com diferenças, o ser humano tende a aceitar mais o outro. Isso se afirma ao considerar que, para Nilson Fernandes Dinis (2012, p. 81) “A construção social de nossos preconceitos se dá às vezes pela falta de novas informações no espaço educacional que questionem e desconstruam nossas tradicionais representações sobre gênero e sexualidade”. Um caso concreto disso seria o do Canadá, país o qual incluiu a diversidade sexual em seu calendário escolar e teve êxito.

A homofobia no continente é tamanha que, em alguns países, como o Sudão, segundo o jornal Folha de São Paulo (MANTOVANI, 2019, online), as relações homossexuais são punidas com pena de morte. É importante ressaltar que o Sudão é um país que, em 2010, era considerado o país mais pobre do mundo (ZANINI, 2010, online), segundo, novamente, o jornal Folha de São Paulo. Logo, talvez seja possível relacionar a situação econômica do país com o atraso das legislações, as quais punem a homossexualidade com a morte, ao considerar que o dinamismo econômico global coloca um país em contato com o outro e as leis e costumes são atualizados de acordo com o desenvolvimento monetário do país. Esse dinamismo econômico, que proporciona o contato com novos pensamentos e culturas, claramente, não é enxergado no Sudão e isso reflete no fato das leis serem tão arcaicas e intolerantes.

Portanto, indubitavelmente, os índices de homofobia estão correlacionados ao contexto histórico, educacional e até mesmo econômico de um país. Foi mencionado previamente um grande sucesso na criminalização da homofobia, o Canadá, entretanto, houve também, nesse país, a inserção de temas a respeito da diversidade sexual no contexto escolar. Logo, a criminalização ocorreu por uma via de mão dupla, juntamente ao sistema educacional do país.

Em uma posição de meio termo foi mencionado os Estados Unidos, país que possui legislações específicas relacionadas aos crimes praticados por motivações homofóbicas, entretanto, ainda possui pequena aceitação familiar dos adolescentes homossexuais, considerando que estes compõem uma porcentagem considerável dos moradores de rua. Ademais, ainda a respeito dos Estados Unidos, algumas

entidades jurídicas ainda demonstram desaprovação a respeito da oficialização dos relacionamentos homossexuais, um direito que deveria ser igual para todos. Fatos como os mencionados anteriormente demonstram a fragilidade da criminalização da homofobia estadunidense, já que, mesmo protegidos por lei, a população LGBT ainda sofre com a marginalização social.

Foi citado também um país extremamente intolerante à homossexualidade e conivente com a homofobia, o Sudão, no qual a homofobia não foi criminalizada, entretanto, esse país possui um contexto histórico, educacional e econômico totalmente diferente dos países desenvolvidos. Esse país possui um contexto histórico marcado pela exploração, além de uma educação e uma economia deficientes.

Por fim, fica a seguinte reflexão: há como obter êxito na luta contra o preconceito sem trabalhar na causa primeira, que seria a educação, fato o qual seria responsável, em grande parte, pela formação do cidadão? Além disso, não seria necessária a intervenção penal para que crimes motivados por homofobia fossem evitados e para garantir a sobrevivência da comunidade LGBT, a qual precisa ter os seus direitos fundamentais garantidos?

Conclusão:

Diante do exposto, fica evidente que, historicamente, a comunidade LGBT não foi apenas socialmente marginalizada, mas vítima de intensa violência, especialmente após a consolidação do Colonialismo, que foi apoiado pela poderosa Igreja Católica e seus princípios pautados na Bíblia. As relações homossexuais, antes consideradas naturais, foram penalizadas pelos colonizadores de forma extremamente violenta, como citado anteriormente. Contemporaneamente, mesmo após a homo e a transexualidade terem sido retiradas da lista internacional de doenças fornecida pela OMS, os índices brasileiros de homofobia ainda são consideráveis e isso, definitivamente, está relacionado à historicidade da problemática, pois certos hábitos e pensamentos ainda perpetuam, mesmo após décadas.

Dessa maneira, casos como os citados nesse texto ainda ameaçam a integridade física dos membros da comunidade LGBT, a exemplo dos crimes cometidos contra Dandara e Quelly, são consequência de uma história marcada pelo forte preconceito e agressividade. Assim, é racional afirmar que a homofobia possui raízes profundas, que estão cravadas não apenas na história brasileira, mas na história mundial, já que crimes com viés homofóbico, marcados pela intensa violência, ainda ocorrem do mundo inteiro.

Nesse contexto, é plausível afirmar que existe grande inércia por parte do Poder Legislativo, considerando que, mesmo após a ocorrência destes crimes, ainda não criou uma legislação penal específica a fim de proteger os direitos fundamentais dos membros da comunidade LGBT. Portanto, a criação desta lei para essa parcela da população seria uma forma de preservar a integridade humana e a vida dessas pessoas, já que os crimes homofóbicos possuem por motivação unicamente a orientação sexual da vítima. Assim como a Lei Maria da Penha busca proteger mulheres de serem vítimas de violência motivada apenas pelo fato de serem mulheres, a criminalização da homotransfobia teria por objetivo coibir a violência motivada unicamente pela sexualidade do ser.

Entretanto, como visto anteriormente, a criminalização por si só pode não produzir bons resultados, ainda mais em um país que possui um sistema carcerário deficiente, que não cumpre com a sua função de ressocialização do encarcerado. Assim, criminalizar a homofobia, apostando no poder do Direito Penal para coibir tal forma de preconceito, no atual contexto brasileiro é um erro, especialmente ao afirmar que as maiores vítimas da ação do Poder Penal são a população pobre, muitos com pouco acesso à educação, e a população negra, já que, são quem mais ocupam as prisões brasileiras.

Ademais, os níveis educacionais brasileiros não são satisfatórios e, como visto anteriormente, uma educação eficiente forma melhores cidadãos e, por consequência, diminui os níveis de violência. A escola deveria ser um local de convivência com as diferenças, dentre elas as diferenças sexuais, porém, com a

ineficiência estatal para com a educação, muitas vezes, não existem recursos suficientes para cumprir com a função integradora desse meio.

Além disso, o fato da criminalização da homotransfobia estar sendo discutida pelo Poder Judiciário e não pelo Poder Legislativo é uma característica clara de um ativismo judicial e as decisões realizadas por um juiz ativista refletem suas próprias razões, ou seja, refletem seus próprios ideais, fato que por si só é arbitrário, já que o poder conferido ao juiz seria usado inadequadamente. O ativismo judicial é um exercício arbitrário de poder do Judiciário, fato que ofende ao pressuposto de igualdade dos Três Poderes previsto na Constituição Federal de 1988.

Por fim, fica evidente que, sim, a criminalização é necessária, entretanto, antes de apelar para o Direito Penal, outras medidas deveriam ser tomadas, a exemplo da melhoria do sistema educacional brasileiro e das oportunidades por parte das mazelas sociais. Dessa maneira, um dos melhores exemplos de criminalização que realmente foi efetiva, o Canadá, focou no cenário educacional antes de tudo, pois é fato de que a escola faz parte da formação dos pensamentos e das ações dos membros da sociedade. Além disso, essa discussão deveria ser pauta do Poder Legislativo, tendo em vista que é função dele legislar, sendo inadmissível o ativismo judicial.

Portanto, criminalizar a LGBTfobia é extremamente necessário, a fim de proteger os direitos fundamentais dessa parcela da população, porém, não da forma que está sendo feita no Brasil. Antes de tudo, é fundamental que o Poder Judiciário assumira sua real posição e deixe para o Poder Legislativo a função típica de criar leis e, além disso, a educação deve se tornar pauta principal do Poder Executivo, a fim de que, com uma educação de qualidade, seja possível formar melhores cidadãos, com pensamentos e atitudes mais tolerantes.

REFERENCIAS:

ADORNO, Sérgio. A criminalidade negra no banco dos réus – desigualdade no acesso à justiça penal. **Estudos Históricos**. Vol. 9. n. 18, 1996. p. 283-300.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

AVELAR, Daniel. Alvo de debate no STF, homofobia é crime em mais de 40 países. **Correio do Estado**. Campo Grande, 20 de fev. de 2019. Disponível em: <<https://www.correiodoestado.com.br/brasilmundo/alvo-de-debate-no-stf-homofobia-e-crime-em-mais-de-40-paises/347675/>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

BARIFOUSE, Rafael. STF aprova a criminalização de homofobia. **BBC**. São Paulo, 13 de jun. de 2019. Disponível em:

<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

BELÉM, Euler de França. Pesquisa revela que índio foi a primeira vítima de crime homofóbico no Brasil. **Opção**. Goiânia, 12 de set. de 2015. Disponível em:

<<https://www.jornalopcao.com.br/colunas-e-blogs/imprensa/pesquisa-revela-que-indio-foi-primeira-vitima-de-crime-homofobico-no-brasil-45413/>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

BERMÚDEZ, Ángel. 'Novo analfabetismo': por que tantos alunos latino-americanos terminam ensino fundamental sem ler ou fazer contas. **BBC**. 11 de out. De 2017. Disponível em:

<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41520784>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

BERNARDO, André. Índios gays: amor e ódio na colônia. **Aventuras na História**. São Paulo, 18 de abr. de 2018. Disponível em:

<<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/indios-gays-amor-e-odio-na-colonia.phtml>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. Vol. 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BORTONI, Larissa. Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo. **Rádio Senado**. Brasília, 17 de maio de 2018. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

BORTONI, Larissa. Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional. **Senado Notícias**. Brasília, 20 de jun. de 2017. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

CALVI, Pedro. Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão. **Câmara dos Deputados**. Brasília, 6 de ago. de 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

COUGHLAN, Sean. Como o Canadá se tornou uma superpotência em educação. **BBC**. 5 de ago. de 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40816777>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

DINIS, Nilson Fernandes. Educação e diversidade sexual: interfaces Brasil/Canadá. **Revista Educação e Cultura Contemporânea**. Vol 9, n. 18, 2012. p. 75-96.

FACCHINI, Regina. Direito humanos e diversidade sexual e de gênero no Brasil: avanços e desafios. **Jornal da Unicamp**. Campinas, 25 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/direitos-humanos/direitos-humanos-e-diversidade-sexual-e-de-genero-no-brasil-avancos-e>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

G1. Número de mortes violentas cai mais de 10% no Brasil em 2018. **G1**. 27 de fev. de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/02/27/numero-de-mortes-violentas-cai-mais-de-10-no-brasil-em-2018.ghtml>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

HOMEM é preso e Campinas após matar travesti e guardar coração: 'Era um demônio'. **G1**. Campinas, 21 de jan. De 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2019/01/21/homem-e-presos-em-campinas-apos-matar-e-guardar-coracao-da-vitima-em-casa.ghtml>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

LAVOR, Thays. 'Meu filho vivia sendo humilhado': caso Dandara expõe tragédia de viver e morrer travesti no Brasil. **BBC**. Fortaleza, 10 de mar. De 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39227148>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

MANTOVANI, Flávia. Relação homossexual é crime em 70 países, mostra relatório mundial. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 20 de mar. De 2019. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/03/relacao-homossexual-e-crime-em-70-paises-mostra-relatorio-mundial.shtml>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

MENDES, Adriana; FERREIRA, Paula. Transexuais já podem mudar nome em documentos nos cartórios de todo o país. **O Globo**. Brasília e Rio de Janeiro, 29 de jun. de 2018. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/sociedade/transexuais-ja-podem-mudar-nome-em-documentos-nos-cartorios-de-todo-pais-22836060>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência e educação – impactos e tendências. **Revista Pedagógica**. Vol. 15. n. 31, 2013. p. 249-264.

PARKINSON, Justin. Por que a bandeira do arco-íris se tornou símbolo do movimento LGBT? **BBC**. 20 de jun. de 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-36558396>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

POMPEU, Ana. Homofobia é forma de racismo contemporâneo, afirma Celso de Mello. **Consultor Jurídico**. 20 de fev. de 2019. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/homofobia-forma-racismo-contemporaneo-celso-mello>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

SANCHES, Mariana. Relações homoafetivas entre índios eram comuns antes da colonização. **O Globo**. São Paulo, 1 de nov. de 2018. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/sociedade/relacoes-homoafetivas-entre-indios-eram-comuns-antes-da-colonizacao-21541630>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

SMITH, David. Análise: África é o continente mais homofóbico do mundo. **Folha de São Paulo**. 25 de fev. de 2014. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1417292-analise-africa-e-o-continente-mais-homofobico-do-mundo.shtml>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

SOUTO, Luiza. Assassinatos de LGBT crescem 30% entre 2016 e 2017, segundo relatório. **O Globo**. São Paulo, 25 de out. De 2018. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/sociedade/assassinatos-de-lgbt-crescem-30-entre-2016-2017-segundo-relatorio-22295785>>. Acesso em: 1 jul. de 2019.

QUEIROGA, Louise. Brasil segue no primeiro lugar do ranking de assassinatos de transexuais. **O Globo**. Rio de Janeiro, 16 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-segue-no-primeiro-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais-23234780>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

THE Matthew Shepard And James Byrd, JR. hate crimes prevention act of 2009. **The United States Department of Justice**. 18 de out. De 2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/crt/matthew-shepard-and-james-byrd-jr-hate-crimes-prevention-act-2009-0>>. Acesso em: 1 de jul. de 2019.

ZABALA, Antoni. **A prática educativa: como ensinar**. Porto Alegre: Artmed, 1998
Nota:

^[1] Graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (1996). Mestre em Direito Público pela Universidade Católica de Brasília (2005). Professora orientadora do artigo em questão.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CONFISCO CRIMINAL NO ÂMBITO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E A DESTINAÇÃO DESSES BENS E VALORES À POLÍCIA JUDICIÁRIA

Diogo Melo Victor, o autor: Bacharel em Direito pela FDR-UFPE. Especialista em Direito da Prova e da Investigação Criminal pelo Faculdade de Direito de Lisboa, Especialista em Inteligência Policial pela UNIBRA, Delegado de Polícia Civil de Pernambuco.

RESUMO: O presente artigo visa examinar a estratégia legislativa de inversão do ônus da prova e confisco como importante instrumento de repressão a criminalidade econômico-financeira a sua compatibilidade com os princípios constitucionais democráticos mais especificamente no ordenamento jurídico brasileiro e português, bem como sua adequação aos tratados internacionais que versam sobre o crime de lavagem de dinheiro. O estudo também procurar demonstrar a complexidade para investigação dos crimes de natureza econômica e a possibilidade de destinação de parte de recursos para reaparelhamento dos órgãos de investigação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Inversão do Ônus Prova. Confisco Criminal. Convenção de Viena e Palermo. Lei 5/2002. Lavagem de Dinheiro.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BENS VINCULADOS E INDISPONIBILIDADE EM RAZÃO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO E DO PROCESSO PENAL. 2.1 STANDARDS DE PROVA PARA DECRETAÇÃO DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DE BENS ORIUNDOS DA LAVAGEM DE DINHEIRO E DOS CRIMES ANTECEDENTES. 3 ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL. 3.1 DA ALEGAÇÃO DE INVERSÃO NO ÔNUS PROBATÓRIO QUANTO À LICITUDE DOS BENS SOB A PROPRIEDADE DOS SUSPEITOS DE COMETIMENTO DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS. 3.2 DA NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA QUANTO AO CONFISCO DE BENS DE ORIGEM SUSPEITA. 3.3 CONFISCO CRIMINAL. 3.4 CONVENÇÕES. 3.5 LEI PORTUGUESA Nº 5/2002. 3.6 LEI BRASILEIRA Nº 9613/1998 ALTERADA PELA LEI Nº 12.683/2012. 4 DESTINAÇÃO DOS BENS E ATIVOS PROVENIENTES DE ILÍCITOS AOS ÓRGÃOS DE POLÍCIA CRIMINAL NO COMBATE À

CRIMINALIDADE ORGANIZADA E NA LAVAGEM DE CAPITAIS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Diversos doutrinadores relatam que, apesar de não haver números oficiais acerca da quantificação monetária de ativos provenientes de ilícitos que são inseridos na economia formal ou no mercado financeiro para dar-lhes com aparência de legítimo, o Fundo Monetário Internacional afirmou, em meados de 1996, que entre 2% e 5% do Produto Interno Bruto Mundial estão sujeitos ao procedimento de lavagem de dinheiro, o que representa aproximadamente R\$ 3,0 trilhões por ano.^[1]

No Brasil e em Portugal não há dados precisos que possam demonstrar estimativas confiáveis. Cabe registrar que o montante apresentado, a grosso modo, equivale ao PIB da Alemanha, impulsionadora da economia da Europa, ou até mesmo 15 vezes o PIB português.^[2] Estimativa mais recente relata que gira em torno de 10% do Produto Interno Bruto Mundial.^[3]

A Organização das Nações Unidas também estima que o montante de dinheiro branqueado estaria entre as porcentagens citadas, algo em torno de 800 bilhões a 2 trilhões de dólares. O Ente Internacional afirma que os valores oriundos do branqueamento de dinheiro incentivam a criação de uma cultura de dinheiro fácil que se alojou na sociedade, criando situações de insegurança, ameaças, extorsão e corrupção, bem como a expulsar do mercado os concorrentes honestos.^[4]

Ousa-se transportar esses números para a realidade brasileira, a título de ilustração e pedindo licença ao rigorismo científico acadêmico, mais precisamente ao Estado de Pernambuco, onde são gastos de cerca de 2% do PIB do Estado com a Polícia Judiciária^[5], ou seja, em termos comparativos o dinheiro gasto com a polícia responsável pela investigação dos delitos no Estado de Pernambuco corresponde aproximadamente a cifra de dinheiro sujo inserido na economia.

A recente modificação da lei de lavagem de dinheiro brasileira orientou no sentido de utilizar o dinheiro confiscado nesse crime aos órgãos de persecução criminal para melhor aparelhamento e aperfeiçoamento. Com isso, abre-se a possibilidade de a Polícia Judiciária torna-se um órgão superavitário, arrecadador, caso intensifique o combate ao crime de lavagem de dinheiro.

Ante essa informação, o presente trabalho acadêmico visa delinear os meios legais disponíveis à Polícia Judiciária para "asfixiar" esse crime, bem como demonstrar como tais ativos podem ser revertidos para melhor aparelhamento das polícias investigativas. Objetiva-se demonstrar que o crime de lavagem de capitais se insere no contexto de uma nova política criminal que visa não somente a privação de liberdade dos acusados por praticar tais delitos, mas também a perda do produto e das vantagens decorrentes da prática do crime de branqueamento de capitais e dos crimes antecedentes.

O atual ministro da justiça e segurança pública e ex-juiz federal, Sergio Fernando Moro^[6], relatando suas experiências na segunda Vara Federal Criminal de Curitiba especializada em processos de lavagem de dinheiro, afirmou que é necessário o isolamento do produto do crime para facilitar o confisco. O referido jurista cita a expressão elaborada pelo doutrinador Kai Ambos^[7], reafirmado que o criminoso deve, no verdadeiro sentido da palavra, permanecer sentado em seu capital sujo até que o poder público venha retirar-lhe o assento.

Dando continuidade ao tema, o magistrado relata que a estratégia de confiscar os produtos e os instrumentos do crime é especialmente eficaz em relação ao crime organizado, visto que até mesmo os líderes da organização criminosa podem ser substituídos **com tal medida**, às vezes com ganho de eficiência **na derrocada da estrutura criminosa**. Para reprimir grupos criminosos de colarinho branco, a asfixia econômica, a **privação** do produto de sua atividade e das condições de autofinanciarem-se, constitui estratégia extremamente eficaz.

No primeiro capítulo, tem por escopo demonstrar quais são os bens interessam a investigação criminal e ao processo penal. A conceituação de produtos, vantagens e instrumentos de crimes, bem como os meios processuais de torná-los indisponíveis aos suspeitos de cometimentos do crime de lavagem de

capitais, ou seja, buscam-se os meios de se retirar do âmbito da propriedade dos suspeitos os ganhos da atividade delituosa.

Aponta-se a necessidade da investigação criminal não apenas demonstrar os indícios de autoria e materialidade do delito, mas devem, sobretudo no âmbito da criminalidade econômico-financeira, os órgãos de persecução criminal ~~deverem~~ identificar o produto e a localização dos ativos auferidos com a prática delituosa.

O segundo capítulo é destinado a demonstrar o ônus probatório da acusação no processo penal e a sistemática utilizada para indisponibilidade dos bens de origens suspeitas. Nesse capítulo, aborda-se o tema do confisco alargado tratado no direito internacional e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro e português. Ao final, demonstrar-se-á que, quanto aos bens, não se deve aplicar o princípio da presunção da inocência por se tratar de um princípio de cunho pessoal para verificar a responsabilidade criminal do acusado.

A destinação dos ativos e instrumentos do crime de lavagem de dinheiro é observada no terceiro capítulo, dando-se ênfase que tais bens devem ser destinados aos órgãos de polícia criminal, mais precisamente à Polícia Judiciária, por ser o órgão com atribuição constitucional no combate direto aos crimes de lavagem de dinheiro e da criminalidade organizada.

2 Bens vinculados e indisponibilidade em razão de procedimento investigatório e do Pprocesso penal

Cabe de início delinear quais os bens que interessam à investigação criminal e ao processo criminal. Basicamente, no cotidiano policial e processual se observam duas grandes classes de objetos de suma importância: os instrumentos do delito e o produto do crime.

A primeira classe de bens, de caráter nitidamente probatório, define-se como todo objeto relacionando com a realização do crime e que sirva para definir sua autoria ou até mesmo a materialidade delitiva. É o meio de que o autor do crime se vale para concretizar seu intento criminoso. Tais bens são sujeitos à apreensão por

ordem de quem preside a investigação criminal até mesmo para demonstração do corpo de delito.

Nessa esteira, a primeira parte do artigo 178, n.1 do Código de Processo Penal Português prescreve que serão apreendidos os objetos que tiveram servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, bem como em sua parte final ao mencionar acerca da apreensão dos objetos que tiveram sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros susceptíveis de servir de prova. Com isso, podem ser objetos de apreensão bens imóveis, bens móveis, incluindo cadáveres, partes de cadáveres, fetos, partes separáveis do corpo humano, como próteses, e produto do corpo humano, como urina, sêmen e saliva.[8]

Na mesma linha de raciocínio, segue o Código de Processo Penal Brasileiro, no seu artigo 6º, inciso I e II, o qual impõe que a Autoridade Policial, ao tomar conhecimento de infração criminal, deve ir ao local providenciar a conservação das coisas, apreender os objetos relacionados com os fatos e colher todas as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Conforme assevera a doutrina brasileira, a apreensão de bens, no Processo Penal, destina-se à preservação dos meios de prova e na tentativa de manutenção para utilização na instrução criminal.[9]

Já a outra classe de bens – produto de crime - tem um conceito mais amplo a significar a vantagem direta obtida em consequência da realização do crime. É o que a doutrina costuma denominar de *producta sceleris*, resultado útil imediato do delito. Como exemplo, temos um relógio roubado ou carteira subtraída sorrateiramente no metrô. Cabe ressaltar que também tem seu caráter probatório, mas está mais ligada a consequência ou a finalidade da atividade criminosa.[10]

Dentro desse conceito, há uma subclasse de bens – proveito do crime - resultante da especificação do produto do crime, ou produto indireto da atividade criminosa. Seriam os bens adquiridos, os proveitos, lucros, as vantagens obtidas indiretamente (*pretium sceleris*) com o crime. Consistiria, em conformidade com o exemplo supramencionado, o dinheiro obtido com a venda da carteira portacédulas ou ouro derivado do derretimento do relógio.

No que tange ao crime de lavagem de dinheiro, a classificação supramencionada em produtos e proveitos ficaria prejudicada, já que há verdadeira mistura de tais bens. Registra-se que para haver crime de lavagem de capital teria que ocorrer um crime anterior gerador de proventos ilícitos que teriam sua origem, posteriormente, mascarada, transformando-se em produto do crime da lavagem de dinheiro, conforme a classificação apresentada.

Assim sendo, como o proveito de uma infração anterior adentra no que a doutrina costuma denominar de etapas ou ciclos de lavagem de dinheiro – *placement, layering e integration* – para se tornar o produto do crime de branqueamento e, por esse motivo, o crime de lavagem é denominado de crime derivado, de segundo grau ou de conexão.[11]

O objeto material do crime de lavagem de dinheiro não é só o produto direto dos delitos anteriores, como também as sucessivas transformações ou mutações que o dinheiro possa vir a sofrer durante o processo.[12]

Diante dessa problemática é que a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do crime[13], define no seu artigo 1º produto de crime como sendo qualquer vantagem econômica resultante ou obtida, directa ou indirectamente, de infracções penais. A doutrina brasileira ressalta a importância do documento internacional de grande relevância, pois veio definir "produto", estendendo as definições que passaram a abranger a vantagem econômica obtida mediante qualquer infração penal.[14]

2.1 STANDARDS DE PROVA PARA DECRETAÇÃO DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DE BENS ORIUNDOS DA LAVAGEM DE DINHEIRO E DOS CRIMES ANTECEDENTES

Como forma de combater o lucro ilícito e garantir a indisponibilidade dos bens e valores de origem duvidosa, a Lei n. 5/2002 do ordenamento jurídico português, em seu art.10, estabeleceu nova sistemática quanto às medidas de garantia patrimonial. Isso para ter em vista um tratamento mais rigoroso aos suspeitos inseridos na criminalidade econômico-financeira.

Foi positivada uma modificação da inversão da ordem probatória em relação ao que vem previsto no Código Processual Penal português. Ordinariamente o

arresto só é efetivado caso o arguido não preste caução econômica.[15] Já no âmbito da norma citada, estabelece ao juiz decretar o arresto dos bens do arguido, se existirem **fortes indícios da prática do crime**, independentemente dos requisitos previsto no art.227º do CPP português.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, atento a complexidade e dificuldade no combate ao crime de lavagem de dinheiro, o art. 4º da Lei 9.613 de 1998, alterada pela Lei 12.683 de 2012, prevê como requisito para a decretação de medidas assecuratórias de bens, direitos e valores e, conseqüentemente, sua indisponibilidade, a demonstração pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia, de **indícios suficientes** que tais ativos são provenientes de infração criminal.

No regime geral para a criminalidade ordinária, o Código Processo Penal brasileiro determina, em seu art. 126, que os órgãos investigatórios, tanto a polícia judiciária, quanto o Ministério Público, demonstrem que os bens tenham **indícios veementes** de origem criminoso para decretação de medidas cautelares reais.

Apenas do ponto de vista vernacular, observa-se, inicialmente, que foi dado um tratamento mais rigoroso aos suspeitos de cometerem o crime de lavagem de dinheiro no direito brasileiro. Entretanto, seja no direito brasileiro ou português, o *standard* probatório para a indisponibilidade de bens no âmbito do crime de lavagem de dinheiro representa um juízo bem menos exauriente.

A doutrina costuma afirmar que, para a indisponibilidade dos bens dos suspeitos de cometimento de crime de lavagem de dinheiro, basta a demonstração da mera probabilidade que tais bens são oriundos de infração criminal, já quanto aos outros tipos criminais, o legislador exigiu probabilidade elevada.[16]

É de bom alvitre registrar que a lei de lavagem de dinheiro brasileira foi recentemente alterada. Foi revogado o catálogo exaustivo de crimes antecedentes para configuração do ilícito de lavagem de dinheiro, com a conseqüente ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou

propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de qualquer infração penal, seja crime ou contravenção penal.

A nova lei de lavagem de dinheiro, segundo aponta Luiz Flávio Gomes, adveio com eminência de rebaixamento do Brasil no âmbito do Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI - sigla em francês de *Groupe d'Action Financière Sur de Blanchiment de Capitaux*. Em inglês a sigla é FATF - *Financial Action Task Force on Money Laundering*). Trata-se de Organismo intergovenamental, cujo objetivo é o combate a lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, a estabelecer padrões normativos e a elaborar políticas para a aplicação e reforma de leis e regulamentos nacionais de enfrentamento.

As possíveis repercussões/sanções no âmbito do mercado financeiro global, fizeram com que o Brasil promulgasse um novo diploma legal. Segundo informações apontadas pela doutrina, o Brasil não vinha cumprindo as 40 recomendações do GAFI no âmbito do seu mercado financeiro interno. Ademais, a lei anterior estava vigente há 14 anos e só havia 200 condenados no Brasil, o que demonstrava que o país seria um campo fértil para lavagem de ativos ilícitos.[17]

No ambiente internacional, há posicionamento no sentido de que o Brasil, Argentina e Paraguai são considerados zonas *lawless*, ou seja, zonas de atividade financeira dinâmica, por vezes prosperas e informais, mas de difícil penetração fiscalizatória por parte das Autoridades Judiciárias e Policiais.[18]

No tocante às medidas assecuratórias, como medida cautelar, exige-se, conforme já relatado, a demonstração dos seguintes pressupostos: o *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*. O *fumus comissi delicti* consiste na demonstração de indício suficiente de existência do crime de lavagem de dinheiro a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança, em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento.

Nesta ocasião da persecução criminal, para a indisponibilidade dos bens dos suspeitos de cometimento de crime de branqueamento de capitais, há necessidade

de um *standard* probatório menos complexo, muito inferior ao de um decreto condenatório, como uma espécie de prova indireta ou semiplena, demonstrada por meio de dados objetivos e que não se pode confundir com a mera suspeita ou desconfiança.[19]

Quanto ao pressuposto *periculum in mora*, versa sobre o perigo da demora na prestação jurisdicional, a caracterizar a necessidade de se garantir a preservação dos bens, direito ou valores e, com isso, impedir que os suspeitos possam dilapidar seu patrimônio ou até mesmo usufruir de bens e direitos adquiridos de modo criminoso.

Cabe registrar que as medidas cautelares reais, como sequestro e apreensão, visam o confisco criminal, além da indisponibilidade de sua utilização por parte dos suspeitos no curso da ação penal, além de possuir certo caráter probatório.

3 ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL

Como desdobramento do princípio princípio do *nemo tenetur se detegere* - previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Brasileira, na Constituição Portuguesa de forma implícita, no art. 14.3, "g", do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do princípio da presunção da inocência - em regra, o ônus de provar a culpa de um fato criminoso recai sobre a acusação com auxílio dos órgãos estatais de persecução criminal.

Conforme assevera Maria Elisabeth Queijo, o princípio do *nemo tenetur se detegere* objetiva proteger o suspeito contra os excessos cometidos pelo Estado-acusação e pelo Estado-investigação na persecução criminal, a ressaltar o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para obrigar o indivíduo a cooperar na investigação de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações.[20]

O princípio da inocência ou da não culpabilidade, mais ainda, sobreleva o ônus probatório que recai sobre a acusação. Na precisa lição de Marco Antônio Marques da Silva existem três significados para a norma citada constante nas normas em diplomas internacionais, a saber: 1) tem por finalidade estabelecer

garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinárias italianas); 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art. IX da declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1979) e; 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da presunção de inocência na Declaração de Universal de Direitos dos Homens e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos).[21]

Em que pese algumas divergências no âmbito doutrinário, prevalece majoritariamente o entendimento que incumbe à acusação provar a existência do fato típico, a autoria ou participação, a relação de causalidade e o elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa). Enquanto a defesa caberia a prova acerca da presença de uma causa de excludente da ilicitude, da culpabilidade ou de uma causa de extintiva da punibilidade.

É de bom alvitre registrar que quanto ao *quantum* de prova necessário para cumprir o ônus da prova, para o acusador se exige prova além de qualquer dúvida razoável, já para defesa, bastaria criar um estado de dúvida.[22]Esse *standard* probatório no processo penal é semelhante ao previsto

no processo penal anglo-americano e no processo penal europeu continental.[23]
3.1 DA ALEGAÇÃO DE INVERSÃO NO ÔNUS PROBATÓRIO QUANTO À LICITUDE DOS BENS SOB A PROPRIEDADE DOS SUSPEITOS DE COMETIMENTO DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substância Psicotrópicas, de 1988, conhecida por Convenção de Viena, com obrigações assumidas tanto pelo Brasil como por Portugal, ao tratar da inversão do ônus da prova acerca da proveniência lícita dos bens dos suspeitos de prática de branqueamento de capital, asseverou, no art. 5º, n. 7, que “cada uma das partes considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem ilícita do suposto produto ou bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de seu direito interno e com a natureza dos seus procedimentos judiciais e outros procedimentos”.[24]

No mesmo sentido, A Convenção de Palermo, de 2000, tratando de normas gerais no combate ao crime organizado, positivou no art. 12.7:

Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objetos de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

No âmbito da Europa, a Convenção Sobre o Branqueamento, Detecção, apreensão e Perda dos Produtos do Crime (Convenção de Estrasburgos[25]) e Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro de 2005, a reforçar os ideais previstos nas convenções internacionais mencionadas, determinam que cabe ao infrator fazer prova da origem legítima dos alegados produtos do crime e demais bens sujeitos à expropriação. No mesmo sentido é a Recomendação n. 3 do Grupo de Ação Financeira Internacional sobre Lavagem de Dinheiro e Financiamento ao terrorismo (GAFI/FATF).[26]

É de bom lembrar que, conforme já frisado no capítulo anterior ao relatar acerca do princípio da presunção da inocência quanto ao decreto condenatório, ou seja, ao fato constitutivo do direito de punir, não se pode falar em inversão do ônus da prova, cabendo sempre ao acusador tal mister. Entretanto, entende-se perfeitamente aplicável uma inversão do ônus da prova quanto aos efeitos secundários da condenação penal que tenha natureza de sanção civil, visando à reparação do dano e a expropriação de valores e bens de origem criminosos.

É o que acontece na legislação brasileira prevista para combate ao crime de lavagem de dinheiro. O art. 4º da lei 9.613 de 1998 prevê a possibilidade de juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação de Autoridade Policial, decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam

instrumento, produto ou proveito dos crimes de lavagem de dinheiro ou das infrações penais antecedentes. O §2º da norma citada prescreve que o juiz determinará a liberação dos bens total ou parcial, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem.[27]

Parte da doutrina brasileira entende que essa previsão legislativa se encontra nos moldes previsto no art.156 do Código de Processo Penal Brasileiro, ao tratar das provas, a acarretar para a defesa ônus de provar suas teses, em particular, as causas de excludentes de ilicitude, culpabilidade e punibilidade.

Da mesma forma, o legislador, em consonância com ditames da Convenção de Viena e da repercussão patrimonial de tais crimes, normatizou uma distribuição do *onus probandi*, permanecendo com o Ministério Público a incumbência de provar o crime e, agora, cabe a defesa afastar os indícios veementes de origem ilícita dos bens.[28]

Os defensores dessa tese argumentativa afirmam que é comum os criminosos se utilizarem de tecnologia de ponta para despistar e ocultar a “lavagem” do capital adquirido por meio de crime, exigindo novas técnicas para garantir a eficiência do processo penal. Nesse diapasão, sem a “inversão do ônus da prova”, a previsão legal da perda do proveito criminoso ficaria sem eficácia.

A inversão do ônus da prova, juntamente com a previsão do sequestro de bens, é considerada os meios mais eficazes para a repressão do crime de branqueamento de capitais. A previsão do art. 4º, §2º da lei em comento entrega exatamente ao acusado o ônus de comprovar a licitude da origem dos bens. É necessário que o suspeito/acusado apresente provas de ligação entre os bens e o dinheiro que viabilizou a sua aquisição e, evidentemente, que o dinheiro foi obtido licitamente. Com isto se demonstrará uma correlação justa entre “ganhos” e “bens”. [29]

O juiz Fausto Martin de Sanctis, ex-titular da vara federal especializada em crime organizado na cidade de São Paulo, em uma de suas obras ao tratar do tema da inversão do ônus da prova acerca da licitude dos bens suspeitos de lavagem de dinheiro, colaciona um julgado interessante da Suprema Corte francesa (*Cour de Cassation*), em 20 de fevereiro de 2008, na qual foi mantida condenação da Corte

de Apelação (*Cour d'appel*) de Aix-en-provence por branqueamento de capitais decorrente de fraude fiscal em virtude do acusado não ter conseguido justificar grande quantidade de dinheiro e propriedade de carro de alto valor e cilindrada, em nome de um "laranja", durante uma batida policial. Demonstra-se, com isto, que o crime organizado tem provocado decisões e posturas estatais que o asfixie.[30]

Em Portugal, a Lei nº 5/2002 normatizou medidas especiais para repressão da criminalidade econômico-financeira, a saber: a) registro de imagens e voz; b) perda de bens em favor do Estado (vantagens criminais) e c) novo regramento acerca do segredo fiscal das entidades. No tocante à perda de bens em favor do Estado, vislumbra-se a dupla finalidade, a de combater o lucro ilícito e de prospectivamente, destruir a base econômica das atividades ilícitas que, pela sua diversificação, poderia servir para continuação da atividade criminosa.

A legislação portuguesa, no art.7º do diploma supracitado, caminhou em sentido interessante ao presumir o que seria vantagem da atividade criminosa e caberia ao condenado demonstrar a origem lícita do montante patrimonial informado pelo Ministério Público como sendo proveito do crime, em clássica inversão de *onus probandi*.

Ressalta-se que a doutrina entende que a presunção se restringe ao valor do patrimônio incongruente do condenado por um dos crimes previsto no rol art. 1º da Lei 5/2002 e em relação ao seu rendimento lícito, sendo que esse valor divergente será confiscado pelo Estado. Estar-se-á, portanto, num caso típico de inversão do ônus da prova, nos termos do art.344 n.1, 1ª parte, do CC, dispensando o Ministério Público de demonstrar a origem ilícita do patrimônio "incongruente" (cfr. art. 350º, n.2, do CC).[31]

Tanto a norma mencionada, como sua exposição de motivos, são uníssonas na defesa que haja uma inversão do ônus da prova, haja vista que, na ocorrência do crime de lavagem de dinheiro e suas infrações antecedentes, é tarefa deveras tormentosa, e quase sempre infrutífera, do Estado-acusação encontrar ou determinar os produtos e proveitos do crime obtidos pelas organizações criminosas, pois, na maioria das vezes, esses bens já foram camuflados em lícitos ou transformados e incorporados a outros.[32]

No calor do debate legislativo que antecedeu a promulgação da Lei n. 5/2002, o então Ministro da Justiça, Antônio Costa, citou o caso do indivíduo condenado a 12 anos de prisão por tráfico de drogas, de quem foram apreendidos bens no valor de 2 milhões de contos e que, posteriormente, teve todo esse patrimônio restituído pelo tribunal por não ter se provado que a quantia era proveniente do delito.[33]

Trata-se de um exemplo clássico de que a atividade criminosa valeu a pena, ou seja, que o risco de ser preso, de adentrar numa empreitada criminosa, de viver a margem da lei, mostrou-se bastante proveitoso e lucrativo, a trazer sentimento de impunidade para sociedade e estimulando a prática de delitos semelhantes.

A dificuldade de relacionar perfeitamente o patrimônio do condenado com o crime que cometeu, principalmente num contexto de criminalidade organizada, do criminoso profissional e dos crimes de colarinho branco, é apontada, de forma uníssona, pela doutrina e jurisprudência de todos os sistemas jurídicos para adoção o regime de inversão do ônus da prova.[34] Sem dita inversão probatória, a lei penal perderia sua eficácia.

Jorge Dias Duarte, em interessante estudo acerca do tema de inversão do ônus prova e confisco criminal no âmbito da criminalidade organizada, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, demonstra que, apesar de algumas peculiaridades, países como Estados Unidos da América, Espanha, Bélgica, Irlanda e Alemanha, adotaram a sistemática de que acusados/arguidos teriam que provar a origem lícita dos bens constantes no seu patrimônio.[35]

O Supremo Tribunal de Justiça Português, nos autos do processo 08P3269 de relatoria do Ministro Santos Carvalho, teve a oportunidade de afirmar que a presunção prevista no art. 7º, inciso I da Lei 5/2002 só se opera em caso de ausência de prova da proveniência lícita ou ilícita dos bens do arguido, e que, portanto, o ônus de provar a proveniência pertence ao arguido.[36]

Registre-se que o mesmo tribunal assentou entendimento, nos autos do Processo 171/10.8JALRA –A.CI da 3ª Secção de relatoria do Ministro Armindo Monteiro, que não cabe ao órgão de acusação demonstração estrita e

perfeita relação entre o bem apreendido e o crime apurado no contexto da criminalidade econômico-financeira. Restou preceituado no art. 7.º n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11/1, uma presunção de que determinados bens e patrimônio do arguido podem ser inserido como vantagem da actividade criminoso e que essa presunção pode ser ilidida pelo arguido por força do art.9.º n.º 3 do mesmo diploma legal.

Trata-se de uma presunção *juris tantum*, não absoluta, que pode ser ilidida por prova em contrário, consoante norma prevista no art.º 9.º citado de tal Lei.[37] Não se pode esperar que o condenado faça qualquer prova “para além de dúvida razoável”, o padrão de prova deve ser o de juízo de probabilidade, de maior probabilidade.[38]

Ademais, o afastamento da presunção, prevista no art.9º da Lei 5/2002, se processa ou por prova carreada pelo arguido/indiciado, em conjunto com a defesa, ou por prova produzida de outro modo, como por ordem oficiosa do tribunal no termos do art.340º n. 1 e 2 do CPP português. A carga da prova não incide exclusivamente sobre o arguido: pode ele não produzir provas previstas no art. 9ª do diploma legal e mesmo assim a presunção ser ilidida.

Não há uma inversão do ônus da prova exacerbada. Entretanto, à falta de qualquer prova em contrário, funciona contra o arguido e não ao seu favor quando funciona o princípio do *in dubio pro reo*.**[39]**

Ressalta que após o decreto condenatório transitado em julgado, cabe ainda ao Ministério Público provar, em sede de liquidação no n.4 do art.9ª da Lei 5/2002 ou na acusação, a parte incongruente do patrimônio do arguido com seus rendimentos lícitos, ou seja, o montante que entende dever reverter para o Estado.[40] Entende-se que ainda é ônus do MP a apresentação a base de cálculo do montante apurado e quais os bens devem servir de base.[41]

Deve-se fazer uma ressalva que no Brasil, apesar de várias vozes que se levantaram na doutrina no sentido de que o art. 4º, caput, da Lei 9.613/1998 teria positivado a inversão do ônus da prova para realização do confisco criminal de bens

relacionado com o delito de branqueamento de capitais[42], não há legislação nesse sentido.

A redação do artigo citado foi alterada pela Lei n. 12.683 de 2012, e prevê a possibilidade do magistrado, havendo indícios suficientes de infração penal, decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou seja, instrumento, produto ou proveito das modalidades de cometimento do crime de lavagem de dinheiro ou de infrações penais antecedentes. Ao passo que, para que o acusado tenha restituição de tais valores indisponíveis por decisão judicial, deverá comprovar a licitude de sua origem, conforme preleciona o art.4º, §2º da lei repressão ao crime de lavagem de dinheiro.

Observa-se que foi prevista tão somente a mera possibilidade de concessão de medidas cautelares de sequestro de bens ou de busca e apreensão, desde que demonstrados os “indícios suficientes” da origem ilícita do patrimônio. Nada mais é do que um juízo de probabilidade previsto em toda medida cautelar. Entretanto, para liberação de tais bens, exige-se do acusado ou investigado a prova ou juízo de certeza da proveniência lícita dos bens.

Não há de se falar novidade legislativa ou acompanhamento de regime proposto por normas internacionais que tratam o tema, pois a mesma sistemática é prevista no Código de Processo Penal Brasileiro de 1940, no que se refere ao ônus da prova para decretação de sequestro de bens, ou seja, para sua decretação “basta a existência de indícios veemente de proveniência ilícita dos bens” (art.126 do CPPB). Por outro lado, caberá ao acusado o ônus de provar que os bens foram adquiridos de maneira lícita para obter a liberação, consoante norma prevista no art.130, I, do CPP brasileiro.[43]

Diferença não existe acerca sobre o *standard* probatório ou *quantum* de prova exigido para liberação de bens, seja no caso do sequestro previsto no Código de Processo Penal Brasileiro, seja na situação de sequestro da lei de lavagem de capitais, será sempre necessário que o acusado forneça prova plena que os bens foram adquiridos com rendimentos de atividade lícita.

Ademais, o Enunciado 67 da exposição de motivos da Lei 9.613/1998 posiciona-se, especificamente, que a inversão do ônus da prova assume papel

relevante para concretizar as medidas assecuratórias de arresto e sequestro, não cabendo quanto ao confisco ou perdimento de bens.[44]

Em que pese a ausência legislativa específica no que tange a inversão do ônus da prova em relação confisco das vantagens provenientes da lavagem de dinheiro no direito brasileiro, entendemos que o problema deve ser solucionado pelo magistrado de duas maneiras. A primeira que os tratados internacionais – Convenção de Viena e de Palermo, que tratam do tema da inversão do ônus probatório para o perdimento de bens oriundos de crimes de lavagem de dinheiro – foram devidamente ratificados e promulgados integrando o ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária apta a produzir efeitos, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro.[45]

A outra solução encontrada pela doutrina e jurisprudência é a utilização de um *standard* de prova menos rigoroso para confisco dos bens. Entende-se *standard* probatório como modelo de constatação de provas ou critérios de convencimento utilizado por aquele que é o destinatário do acervo probatório, ou seja, o juiz.

No processo penal, é possível encontrar três tipos de *standard* de prova: 1) simples, no qual há probabilidade de um fato ter ocorrido, em que se verifica a preponderância das provas, conhecida no direito anglo-saxônico de *preponderance evidence*, normalmente é a regra do direito processual civil; 2) prova clara e convincente (*Clear and a Convincing evidence*) com um grau de probabilidade mais elevada do que a primeira e 3) prova além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), que seria a exigência de máxima certeza para condenação e é *standard* que deve ser utilizada pelo julgador no momento de aferir a responsabilidade criminal de um acusado.

Nada impede, entretanto, que em momentos processuais distintos e para decisões sobre outras questões de direito e de fato, o magistrado possa se valer de *standard* de prova diferenciada. Um julgamento criminal contém vários momentos como, por exemplo, a decisão de receber ou não a peça inicial acusatória; a decretação de uma medida cautelar de arresto ou sequestro e decretação de uma prisão preventiva.

Nestes casos exemplificados, o próprio Código de Processo Penal brasileiro delinea um norte acerca do *standard* de prova, como é o caso do recebimento da peça inicial acusatória que está condicionada à presença de justa causa, previsto no art. 395, III, do CPP, comumente identificado com a presença de elementos informativos, ainda não categóricos, de autoria e materialidade. A decretação de sequestro está condicionada a demonstração de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126, CPP).

Quanto ao confisco de bens oriundos de crime, admite-se a utilização do parâmetro de prova da “preponderância da prova” basicamente o mesmo utilizado nas decisões nos processos cíveis. Principalmente nos casos que envolvem criminosos profissionais, comumente encontrado nos casos de lavagem de dinheiro, não será usual existir prova direta da ligação entre o crime e o bem a ser confiscado, pois será rara a presença categórica de uma ligação direta entre o crime e o acréscimo patrimonial injustificado, pois é usualmente utilizado mecanismo para burlar um rastreamento investigatório.[46] Nos Estados Unidos e no Reino Unido, a lei deixa claro que o *standard* de prova exigida para o confisco é menor do que a exigida para condenação criminal.[47]

O Grupo de Atuação Financeira internacional (GAFI), criado em 1989, pelos países membros do G7 com o propósito de desenvolver e promover uma resposta internacional para combater a lavagem de capitais, em relatório da avaliação do Brasil, apresentando em junho de 2011, apontou, dentro outros problemas, que o número de confiscos é muito baixo, dado o tamanho da economia e o risco da lavagem de dinheiro[48]. A falta de uma legislação específica nos moldes da portuguesa e dos tratados internacionais, sem dúvida, é um dos fatores que dificulta a implementação do instrumento expropriatório nos processos judiciais brasileiros.

3.2 DA NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA QUANTO AO CONFISCO DE BENS DE ORIGEM SUSPEITA

O princípio da presunção da inocência tem lastro constitucional com previsão no n.2 do art. 32 da CRP e traduz três pressupostos básicos relativos à prova: a) o arguido presume-se inocente, salvo prova em contrário; b) o arguido não tem qualquer ônus de carrear provas para o processo e seu silêncio não pode

prejudicar e c) em caso de *non liquet*, a solução para adotar pelo julgador deve ser favorável ao arguido: *in dubio pro reo*.^[49]

A presunção da inocência incide sobre o juízo de responsabilidade criminal do acusado, em um *standard* probatório de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável. O confisco nada mais é do que o desdobramento da condenação criminal, efeito secundário, devendo, conforme já mencionado no capítulo anterior, utilizar o *standard* de prova menos rigoroso. Até porque o princípio em tela visa à proteção de indivíduos contra as arbitrariedades estatais e não bens e valores.

Cabe registrar que o Tribunal Constitucional português, nos autos do acórdão 179/2012, julgou inconstitucional o crime de enriquecimento ilícito, tendo um dos fundamentos, justamente a inversão do ônus da prova no tocante à responsabilidade criminal do arguido o que violaria o princípio da inocência e, mais precisamente, na sua dimensão do princípio *in dubio pro reo*.^[50] A não demonstração da licitude da origem de ativos conduziria a condenação criminal do arguido.

Repise-se que a presunção da inocência aplica-se à culpabilidade do arguido em processo penal pelo que não é aplicável ao confisco alargado, por se tratar de medida administrativa *sui generis* de caráter não sancionatório. O art. 7º, n.1, da Lei 5/2002 não violaria o art.32, n. 2, 1ª parte da CRP.^[51] Ademais, mesmo que o confisco fosse considerado uma sanção de natureza penal, não violaria a CRP, até porque a inversão do ônus da prova pressupõe uma condenação prévia por crime catálogo, sendo tal presunção ilidida quando da condenação transitada em julgado de um dos crimes previsto no rol da lei mencionada.^[52]

O Tribunal europeu de Direitos Humanos, no acórdão paradigmático de Phillips x Reino Unido, teve a oportunidade de afirmar que, a partir do momento em que se conclua pela responsabilidade criminal do arguido e em que apenas esteja em causa a determinação da sanção confiscatória, o princípio da inocência deixa de ter sua aplicação. Ou seja, a partir do momento que um tribunal em veredito confirme a culpa do acusado, a presunção de inocência é afastada, não fazendo sentido que o tribunal que formulou o juízo de culpa continue a tratar o

arguido processualmente como presumível inocente. Assim, nada impede o tribunal de julgar o processo relativo ao confisco alargado aplicando a regra da inversão do ônus da prova.[53]

Repise-se que no caso do direito português, em que pese apenas a lei n.5/2002 no n.1 do art.7º se referir a condenação pela prática dos crimes catalogados no art.1º, entende-se que a presunção de vantagem criminosa para fins de confisco criminal prevista na norma citada e, conseqüentemente, o afastamento do princípio da presunção da inocência somente se operam quando há condenação transitada em julgado. Caso assim não fosse, norma padecia de inconstitucionalidade material por contraria a garantia de processo criminal insculpida no art.32, n. 2, da Constituição da República.[54]

O confisco criminal, seja no direito brasileiro, seja no ordenamento português, está longe de violar o princípio da presunção da inocência. O instituto cria instrumento indiscutivelmente necessário para a sistemática da lei como um todo; as dificuldades são gigantescas, visto que há grande concentração de esforço nesse tipo de crime na dissimulação das vantagens advindas da atividade criminosa, pelo que não será desproporcional que se introduzem presunções relativas desfavoráveis ao investigado. A experiência adquirida demonstra o acerto do ponto de partida do legislador para estabelecer a presunção prevista no art. 7º, inciso 1, da Lei 5/2002.[55]

3.3 CONFISCO CRIMINAL

O crime de branqueamento de capitais, bem como toda criminalidade econômico-financeira, deve ser combatido, além da prisão dos suspeitos, isolamento das lideranças, com descapitalização da organização criminosa com vistas ao encerramento da atividade criminosa. É essencial privar os criminosos dos ganhos decorrentes de sua atividade para que o velho adágio popular se consagre, ou seja, o crime não compensa.[56]

O juiz italiano Giovanni Falcone, conhecido mundialmente por desvendar a organização criminosa *Cosa Nostra*, inclusive foi assassinado em virtude disso, afirmava que era necessário a cooperação internacional e atacar a economia

movimentada pelo crime organizado, pois sem capital não há crescimento nem força corruptora.[57]

O confisco visa à repressão da criminalidade econômico-financeira no seu alicerce, uma vez que ao privá-la de seus rendimentos, do produto e instrumento do crime, impede que ela financie outras atividades criminosas ou põe termo a elas.[58]

A criminalidade organizada e econômico-financeira cresce e se especializada cada vez mais, haja vista que os crimes praticados por elas, como o tráfico de droga e crimes contra a administração pública, são delitos geradores de consideráveis rendimentos e praticados muito vezes por uma classe de pessoas mais intelectualizadas, possibilitando o investimento em novas tecnologias e usar o lucro para desafiar os órgãos de persecução criminal, pelos meios que mascaram suas atividades e que facilitam a burla do sistema. Em resposta a esse tipo de criminalidade é que surgiram diversos tratados internacionais e lei que priorizam o combate desse mal por meio de instrumentos variados e com cooperação entre países.[59]

No Brasil, estuda-se a possibilidade de criação de uma ação civil de confisco, com objetivo principal de expropriar os bens do acusado no âmbito cível, conforme exposto na meta n.14 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla). Isso se deve porque o confisco criminal somente se opera após o trânsito em julgado da sentença condenatória e tal fato compromete a eficácia do instrumento.

Esta ação tem como fundamento o desvio ou abuso no exercício do direito de propriedade por quem se encontra na posse ou detenção do bem de origem criminosa. O mais interessante é que ação no âmbito civil trataria vários benefícios para os órgãos acusadores, já que poderia ser expropriado bens e valores, mesmo que haja um sentença na seara penal de extinção da punibilidade por prescrição ou numa sentença absolutória criminal por não existir prova suficiente para condenação.[60]

A utilização da jurisdição cível - mais célere, com *standard* probatório mais simplificado (*by a preponderance of the evidence*) e sem o garatismo do direito

penal – para fins de confisco de bens de origem ilícita, é utilizada há bastante tempo no ordenamento jurídico norte americano no combate ao tráfico de droga e no contexto de criminalidade organizada. Trata-se do modelo de *civil forfeiture*. O processo é dirigido contra um determinado bem que tem contra si uma presunção jurídica de ilícito, não se faz o questionamento acerca da culpa do proprietário.[61] Semelhante procedimento é utilizado na Inglaterra, modelo conhecido por *civil recovery* introduzido pela *Proceeds of crime Act* (POCA).[62]

3.4 CONVENÇÕES

As Convenções de Palermo de 2000 e de Viena de 1988 trazem a mesma definição de confisco, qual seja, a privação em caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente. Ambas as normas internacionais tratam o confisco como consequência de um condenação criminal. O GAFI, em sua recomendação n. 04, ainda recomenda aos Estados aderentes a utilização do confisco sem exigência prévia de uma condenação criminal, seria o instituto do *non conviction base ad forfeiture* ou confisco civil do direito norte-americano.[63]

A Convenção de Palermo deixa consignada a possibilidade de inversão do ônus da prova também em relação ao confisco penal. Esse mesmo tratado permite que os Estados aderentes optem pelo sistema baseado nos bens ou valores, ou ainda, a conjugação de ambos. O primeiro sistema permite ordenar a perda de bens que constitua produto, proveito e instrumento do crime. Já o segundo sistema, baseado em valores, admite o confisco de bens cujo valor corresponda ao produto do crime.[64]

3.5 LEI PORTUGUESA Nº 5/2002

A perda de bens em favor do Estado, quando do cometimento do crime de lavagem de dinheiro, é tratada na Lei 5/2002, em seu art. 7º. Essa legislação apresenta dois pontos de vista, um substantivo e outro processual. O primeiro refere-se ao fato de ser uma medida que visa reprimir vantagens presumidas de uma atividade criminosa, mais precisamente a parte incongruente entre o rendimento lícito declara do arguido e o montante do seu patrimônio. Tal presunção é necessária ante a dificuldade categórica de estabelecer uma relação direta e imediata entre um crime e o bem de propriedade do suspeito. O segundo

aspecto da lei tem a ver com a regra de inversão do ônus da prova, a qual caberá ao arguido demonstrar a origem lícita de seu patrimônio.[65]

Outro ponto a destacar na legislação portuguesa é que ela tenta solucionar o problema, comumente encontrado nesse tipo de criminalidade financeira, dos “laranjas” ou “testa-de-ferro”. O legislador, ao definir o que consiste patrimônio do arguido para efeitos de confisco criminal, compreendeu não somente bens que estejam em nome do suspeito com propriedade registrada e documentada, mas também bens que o arguido tenha o domínio e o benefício à data da constituição do arguido ou posteriormente, bens transferidos a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição do arguido. Por fim, é considerado patrimônio do arguido para efeitos expropriatório os bens recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, mesmo que não consiga informar o seu destino.

Nesse ponto, a lei serve de importante instrumento para tornar ineficaz a blindagem patrimonial normalmente verificado nos crimes de colarinho branco.

3.6 LEI BRASILEIRA Nº 9613/1998 ALTERADA PELA LEI Nº 12.683/2012

Conforme já tratado anteriormente, o legislador brasileiro perdeu novamente a oportunidade de positivar a inversão do ônus prova no tocante ao confisco criminal, nos moldes das Convenções de Viena e Palermo e da legislação portuguesa. Ressalta-se, entretanto, que há previsão da perda, como efeito de condenação de todos os bens, direitos e valores relacionados direta ou indiretamente à prática do crime de lavagem de dinheiro, ressaltando os direitos do lesado ou terceiro de boa-fé.[66]

Como regra geral, o art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal brasileiro, alterado no ano de 2008, determina que o juiz, ao proferir sentença condenatória, deve fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Com isso, cabe ao magistrado estimar adequadamente o montante decorrente do proveito do suposto crime imputado para viabilizar o confisco desse valor ao ofendido, ou na ausência, ao Estado, a título de indenização causados com a prática do delito.[67]

A nova lei de combate ao crime de lavagem de dinheiro caminhou bem no sentido de tornar indisponível não só os bens documentados e registrados em nome do suspeito, mas também sequestrar bens existentes em nome de interpostas pessoas, comumente conhecido por “laranja” ou “testa-de-ferro”.

Ademais, com a novo diploma legal, é possível que as medidas assecuratórias recaiam sobre os bens de produto direto da infração antecedente, produto indireto (proveito) da infração antecedente, produto direto da lavagem de capitais, produto indireto da lavagem de capitais e patrimônio lícito do acusado. Nesse último caso, com previsão do art.4º, parágrafo 4º, da Lei 9613/98, alterada pela Lei 12.683/2012, o patrimônio lícito pode ser utilizado para reparar o dano do crime antecedente e quando o produto direto ou indireto da lavagem de capitais ou da infração antecedente não for encontrado ou quando se localizar no exterior, as medidas assecuratórias poderão recair sobre os bens ou valores equivalentes lícitamente adquiridos pelo acusado, conforme preleciona o art. 91 e seus parágrafos do Código Penal.

4 DESTINAÇÃO DOS BENS E ATIVOS PROVENIENTES DE ILÍCITOS AOS ÓRGÃOS DE POLÍCIA CRIMINAL NO COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA E NA LAVAGEM DE CAPITAIS

A legislação brasileira que trata o crime de lavagem dinheiro sofreu modernização como forma de sanar algumas críticas apontadas pelo GAFI em relatório de avaliação e acompanhamento das 41 recomendações, apresentado na cidade de Roma em junho de 2012.

O relatório aponta severas críticas ao sistema brasileiro, a destacar duas: a) falta de lei que criminalize o terrorismo e b) falta de efetividade da justiça criminal e de medidas preventivas. No segundo ponto, foi apurado pela Procuradoria da República que, até o ano de 2011, tão-somente 677 pessoas tiveram o processo criminal deflagrado por cometimento do crime de lavagem de dinheiros e apenas 74, ou seja, 11% foram condenadas, o que demonstra a ineficácia social da lei de 1998. Ressalta-se que apenas oito Estados, dos 26, forneceram os dados supracitados, pois os tribunais locais não tinha a devida informação. Deve-se destacar o caso do Estado do Rio de Janeiro, um dos principais polos econômicos

do Brasil, que tem 283 processos criminais a apurar o crime de branqueamento de capitais e, até meados de 2012, não se tinha notícia de nenhuma condenação criminal.[68]

Ante o panorama traçado do sistema brasileiro, por muito pouco o Brasil não passou a integrar a lista negra de nações que deixam de adotar as 41 recomendações do GAFI para repressão ao crime de lavagem de capitais[69], o que teria diversas repercussões no âmbito do mercado financeiro globalizado.

A resposta do Poder Legislativo e Executivo foi imediata, justamente para evitar o rebaixamento do conceito brasileiro no cenário internacional, com a promulgação da Lei 12.683/2012 a alterar vários dispositivos constante na Lei 9.813/1998. Destacam-se dois pontos de acordo com o objetivo do presente trabalho. A primeira alteração a se destacar é a inserção da legislação na denominada terceira geração. Foi excluído o rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, alinhando-se as mais modernas legislações estrangeira e norma internacionais. De acordo com o novo diploma, o branqueamento de capitais será caracterizado por ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração criminal, a abranger a crimes e contravenções penais.[70]

Outro ponto de destaque na legislação, é que de acordo com a nova redação do art. 7º, §1º^[71], há previsão que os recursos confiscados sejam destinados aos órgãos federais e estaduais de prevenção, de combate e de promoção ao processo penal. Logo, caberia a destinações dos recursos expropriados do produto do crime de lavagem de dinheiro às unidades de polícia judiciária federal e estadual, bem como ao Ministério Público e também ao judiciário.[72]

É do senso comum que para uma melhor repressão e colheita de prova de determinado crime, é necessário o investimento e a especialização das polícias judiciárias, até porque os elementos de autoria, materialidade e todo acervo probatório não chegam às mãos dos magistrados num passe de mágica. Trata-se, sobretudo, do mister das polícias judiciárias à reunião de forma sistemática do lastro probatório visando a condenação criminal, devendo ser considerada a Polícia Judiciária o substrato da justiça no sistema criminal. Cita-se o exemplo da

implementação, estruturação dos Grupos de Operações Especializadas (GOE) no âmbito das Polícias Judiciárias estaduais para combate dos crimes de sequestro com pedido de resgate tão comum nos fins dos anos 1990, aterrorizando a população de classe elevada de grandes empresários. Atualmente, quase já não se observa no cotidiano policial esse tipo de delito.

Há de se destacar a implementação do Departamento de Homicídio e Proteção a Pessoa (DHPP) no âmbito do Estado de Pernambuco, com a implementação do programa de segurança pacto Pela Vida, que chegou a diminuir mais de 40% dos Crimes Violentos Letais e Intencionais (CVLI – homicídios, latrocínios, lesão corporal seguida de morte), índices de redução superiores ao visto em Nova Iorque, no sistema tolerância zero e programa de segurança pública de Bogotá[73], inclusive o governador de Pernambuco ganhou diversos prêmios internacionais pelo feito.

Nesse diapasão que a recomendação n. 30 do GAF solicita aos países colaboradores que se instituíam em equipes multidisciplinares de investigadores e peritos para o combate do crime de lavagem de dinheiro ante sua complexidade.[74] Na mesma esteira, Ministério da Justiça do Brasil, por meio da Estratégia Nacional de Combate a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), recomendação n. 01 de 2011, tem solicitado aos Estados brasileiros a criação de delegacias de polícia judiciárias com vista à repressão e à prevenção do crime de lavagem de dinheiro e corrupção.[75]

É bem verdade que as polícias brasileiras têm mais afinidade nas investigações de crimes violentos e isso se reflete nas condenações na justiça criminal. A realidade do sistema carcerário demonstra que no Brasil, onde o rigor penal recai sobre alguns criminosos violentos (45% da população do sistema penitenciário) o massacre diário e duramente nas denominadas classes perigosas, compostas de miseráveis e marginalizados socioeconômicos (55% dos presos), ao mesmo tempo em que mantém os privilégios dos criminosos poderosos de colarinho branco. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2011 relatam que foram condenadas 207 pessoas por corrupção e lavagem de dinheiro,

enquanto nesse mesmo ano foram 1,3 milhão de operações suspeitas comunicadas ao COAF, Unidade de Inteligência Financeira do Brasil.[76]

A destinação de recursos oriundos do confisco do produto do crime de lavagem de dinheiro tem o nítido intuito de equipar, especializar e fomentar a atividade investigativa com vista à repressão desse tipo de delito. Não é demais lembrar que o Fundo Monetário Internacional estima que o volume de lavagem de dinheiro no mundo corresponde entre 2% e 5% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial.[77] No Reino Unido, a Organização NCIS (*Nacional Criminal Intelligence Service*), em seu relatório *UK Theat Assessment*, de 2003, relatou que a entidade HMCE (*Her Majesty's Customs and Excise*) estima o resultado de operações criminosas no Reino Unido entre £19 bilhões e £48 bilhões, com £25 bilhões sendo possivelmente um número realista para o montante lavado.[78]

Outro dado importante verificado no Brasil é que algo em torno de 70% do dinheiro lavado corresponde a recursos provenientes, direta ou indiretamente, da corrupção, sendo boa parte disso resultante do desvio de patrimônio público. Ou seja, não é o dinheiro do tráfico de droga ou da extorsão mediante sequestro, mas o dinheiro do povo.[79]

Há uma quantidade imensa de bens e valores de origem criminosa sujeito a sofrer constrição judicial e, posteriormente, após o regular confisco criminal, ser revestido à polícia judiciária, podendo ser utilizado como forma de gratificação aos investigadores, nos moldes que acontece com os fiscais de rendas, promoção de cursos especializados, aquisição de novas tecnologias, ou seja, um total reaparelhamento da unidade policial que investiga o crime de branqueamento de capitais.

Nesse sentido, foram publicadas importantes leis estaduais que determinam que grande parte dos recursos confiscado oriundo do crime de lavagem de dinheiro e organização criminosa para Fundo de Reaparelhamento das Polícias Judiciárias locais. Em Pernambuco, foi publicada lei 16.596/2019 que reserva recursos oriundos das operação de policia civil após declaração de perda pela Justiça Estadual de ativos relacionados direta e indiretamente de crimes de lavagem de capitais[80]. Na mesma toada, no Estado de Goiás foi promulgada a Lei n.

19.828/2017[81] criando o Fundo Especial de Apoio ao combate ao crime de lavagem de capitais e organização criminosa no âmbito da Polícia Civil de Goiás.

A entrega de certos ativos, confiscados por terem sido advindos de prática de crime ou sujeito às diversas modalidades de dinheiro, à polícia e ao Ministério Público, estimula a eficiência administrativa e contribui para melhor aperfeiçoamento do aparato investigativo.[82] Já dizia o clássico filósofo Voltaire: “As vezes é preciso ir à casa do inimigo para abastecer a artilharia.”[83]

A Convenção de Viena[84] (art.5, 5ª parte, b, i) e de Palermo[85] (art.14, 3ª parte, alínea “a”), em que pese não preveja especificamente a destinação de ativos expropriados às polícias judiciárias que combatem o crime de branqueamento de ativos, permite o envio de recursos oriundos de confisco criminal a organismos intergovernamentais especializados na repressão e prevenção do crime de lavagem de dinheiro, justamente no intuito de estimular, aprimorar técnicas, trocar experiências e expertise nesse tipo de criminalidade que não tem fronteira.

A técnica legislativa de confiscar bens e encaminhar aos órgãos de repressão já é bastante comum no âmbito do combate do tráfico de drogas, inclusive com a possibilidade de uso dos bens apreendidos antes da condenação criminal com vistas a dinamizar e auxiliar as atribuições da polícia judiciária. No Brasil, observa-se a disciplina da matéria no art. 243, § único da Constituição e art. 62 e seus parágrafos da Lei 11.343 de 2006 que trata dos meios de combate e de prevenção ao tráfico de drogas.

Nem a Lei n. 5/2002, nem a Lei 11/2004 do ordenamento jurídico português faz menção à destinação de recursos expropriados aos órgãos de polícia criminal devendo o magistrado no caso concreto fazer uso das convenções internacionais e da aplicação analógica da lei de drogas no caso de lavagem de capitais.

Cabe ressaltar o que um dos objetivos do Projeto Fênix, iniciado em novembro de 2009 e criado no âmbito da Procuradoria Geral da República de Portugal para intensificar o combate ao lucro ilícito e a utilização do confisco alargado, é justamente propiciar que esse dinheiro ilícito seja utilizado para melhor apetrechamento das instituições de combate ao crime.[86]

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto e do conjunto normativo a disposição dos órgãos de persecução criminal para o combate criminalidade econômico financeira, observa-se que há um verdadeiro arsenal jurídico, entretanto pouco utilizado, principalmente no Brasil.

Demonstrou-se que o confisco criminal no combate ao lucro ilícito e a inversão do ônus da prova de licitude dos bens na esfera de propriedade dos suspeitos criminalidade econômico-financeira é totalmente compatível com os ordenamento jurídico português e brasileiro. Observou-se que a presunção da inocência não é violada por tais instrumentos, até porque é necessário a condenação criminal prévia transitada em julgado para utilização de tais institutos. Mais precisamente quanto a inversão do ônus probatório, ficou assentado que se trata da utilização de *standard* de prova menos rigoroso, já que nesse momento processual não se discute a responsabilidade criminal do arguido e confisco não é uma sanção estritamente penal. Apontou-se soluções, utilizados no âmbito de outros ordenamentos jurídicos, para trazer maior eficácia ao confisco, como a utilização de uma ação civil de confisco.

É de bom alvitre ressaltar que a inversão do *onus probandi* na indisponibilidade das medidas assecuratórias – arresto, sequestro e apreensão – também coaduna-se com o princípio da não culpabilidade, na medida que possui natureza jurídica de medida cautelar no intuito principal de preservar os bens oriundos do pratica de crimes, a evitar a utilização e ocultação pelos arguidos.

Ademais, cabe registrar que o confisco dos bens de origem ilícita tem dupla importância. A primeira e principal é desmantelamento das organizações criminosas que visam o lucro fácil. Demonstrou-se que apenas o cárcere dos envolvidos é insuficiente para combate desse crime. A segunda, e pouco utilizada, é que o recurso advindo do confisco pode ser convertido para reaparelhamento estatal das Polícias Judiciárias e seu aprimoramento. Trata-se de um espécie de fundo monetário lícito à disposição da Polícia Judiciária capaz, inclusive, de tornar um órgão autossuficiente, já que centenas de bilhões de dólares são branqueados todo ano.

As lacunas legislativas tanto no ordenamento português, no tange a destinação dos bens e valores oriundo do confisco criminal à Polícia Judiciária, quanto no Brasil, em relação ao confisco criminal e a inversão do ônus da prova, devem ser superadas, pois ambos são signatários das Convenções de Palermo e Viena e integrado o texto dos tratados ao seu ordenamento interno.

As difíceis questões envolvendo os bens oriundos de crime, mas colocado em nome de outra pessoa, os famosos e comumente encontrado no cotidiano policial de “laranjas” ou mesmo “testas-de-ferro”, foi enfrentado pelo legislador brasileiro e português afirmando que bastada que o bens esteja sob a propriedade, domínio ou benefício do suspeito, não se aplicando o rigorismo documental.

Por tudo exposto, No Brasil se necessita, primeiramente, investigar os crimes de lavagem de dinheiro. Devido aos numerosos casos de crimes violentos, sobra-se pouco recursos e forças para apurar os crimes de colarinho branco. Ademais, deve mudar o paradigma da investigação, não bastar apenas apontar a autoria, materialidade e as circunstancias do crime, deve perquirir os proveitos da atividades criminosas e sua indisponibilidade com vistas ao futuro confisco criminal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 504.

ALLDRIGE, Peter. **Money Laundering Law - Forfeiture, confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime**. Oxford: Hart Publishing, 2003.

AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2007.

ARAS, Vladimir. Lavagem de dinheiro e corrupção: irmãs siamesas. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 16, n. 361, p. 38-39, fev. 2012.

BARCELOS, Andrea Beatriz Rodrigues. Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. **Escola Superior do Ministério Público da União**, Boletim Científico, Brasília, ano 5, p. 141-142, jan./jun. 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais... São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 jun. 1991.

_____. Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2004.

_____. Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no ADI MC 1480. Relator(a): Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 26 jun. 2001. DJ., 8 ago. 2001, p. 00003.

CANAS, Vitalino. **O Crime de Branqueamento**: Regime Prevenção e de Repressão. Lisboa: Almedina, 2004.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Produto da criminalidade organizada – Garantir que o “crime não compensa”. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho**, Bruxelas, 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://eurollex.europa.eu/notice.do?val=483674:cs&lang=pt&lis=483144:cs483122>>. Acesso em: 17 ago. 2012.

CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel (Orgs.). **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

COUNCIL OF EUROPE. Convention on laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime... **An international journal**, Camden, v. 2, n. 3, spring 1991.

CUNHA, José M. Damião da. **Perda de bens a favor do Estado...** Coimbra: Coimbra, 2004.

DAVIN, João. **Criminalidade Organizada Transnacional** - A cooperação judiciária e policial na UE. Coimbra: Almeida, 2007.

DIAS, Jorge Dias. "Lei n.5/2002 de 11 de janeiro, Breve comentários aos novos regimes de segredo profissional e da perda de bens a favor do Estado". **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 89, p. 148-151, 2002.

DUARTE, Alberto Rodrigues Nunes. **A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crime como instrumento de combate à criminalidade organizada...** Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. Ações de 2011. **ENCCLA**, 2011. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2011>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Reports of judgments and decisions. **ECHR**, 5 jul. 2001. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-VII.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2014.

FATF/GAFI. Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação – As recomendações do GAFI. **FATF/GAFI**, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

FÉNIX. Projecto FÉNIX. **Fenix**, jun. 2010. Disponível em: <<http://fenix.pgr.pt/documentos/Projecto%20FENIX%20-%20NOTA%20DE%20ENQUADRAMENTO.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

GALUCCI, Mariângela. Condenados por corrupção e lavagem de dinheiro não passam de 500, aponta Conselho Nacional de Justiça. **O Estado de São Paulo**, Seção Política, 1 jun. 2012.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de Branqueamento de Capitais** - Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **"Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova" ...** Coimbra: Coimbra, 2003.

GOMES, Luiz Flavio. Lavagem de Dinheiro sujo: números da impunidade. **Instituto Avante Brasil**, 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/lavagem-de-dinheiro-sujo-numeros-da-impunidade/>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

_____. Lei da Lavagem de Capitais: Aspectos processuais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 65, abr. 1998.

_____. Nova lei de lavagem de dinheiro: para inglês ver (?). **Olhar Jurídico**, 31 jul. 2012. Disponível em: Lei para Inglês ver. Disponível em <[http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=Nova lei de lavagem de dinheiro para ingles ver &id=32](http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=Nova%20lei%20de%20lavagem%20de%20dinheiro%20para%20ingles%20ver%20&id=32)>. Acesso em: 17 ago. 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

_____. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2014.

MAIEROVITH, Walter. Crime Organizado: É preciso seguir o caminho do dinheiro. **Estado de São Paulo**, 21 nov. 2012.

ASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAUGERI, Anna Maria. **I Modelli di Sanzioni Patrimoniale nel Diritto Comparato, em Atti del Convegno...** Catania: Giuffré editores, 2008.

MENDES, Paulo de Souza. A prova penal e as regra da experiência. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2009-2010.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Guia legislativo para aplicação da convenção das nações unidas contra a criminalidade organizada transnacional. **CRIEC**, mar. 2003, p. 116. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaConv.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

MORO, Sérgio Fernando. Confisco de bens: velho conceito na ordem do dia. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 26 jul. 2009.

_____. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Lavagem de dinheiro: 'este é um crime que aparenta não ter vítimas', diz representante da ONU. **ONUBR**, 29 out. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/lavagem-de-dinheiro-este-e-um-crime-que-aparenta-nao-ter-vitimas-diz-representante-da-onu/>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

NASCIMENTO, Rogério Soares de. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 - Ônus de provar a licitude de bens suspeitos de origem criminoso. **Revista Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 5, ano 1998.

NATIONAL CRIMINAL INTERLLIGENCE SERVICE. United Kingdom Threat Assessment of Serious and Organised Crime 2003. **NCIS**, 21 ago. 2003. Disponível em: <<http://image.guardian.co.uk/sys-files/Guardian/documents/2003/08/21/crime.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PERNAMBUCO. Diário Oficial do Estado de Pernambuco. Ano LXXXIX, n. 33, Poder executivo, Recife, PE, 16 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.cepe.com.br/diario/includes/doel/box.php?ano=2012&data=20120216&caderno=1-PoderExecutivo&key=405be564a660e2bd8c2e9c87dae58a40893da832>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

_____. Secretaria de Planejamento e Gestão. Mapa indicadores de Pernambuco – 2014. **SEPLAG-PE**, 2014. Disponível em: <http://www.seplag.pe.gov.br/c/publicador_repositorio_documento/get_file?p_l_id=769&folderId=1511&name=DLFE-1601.pdf>. Acesso em: 15 set. 2014.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

PITOMBO, Cleunice A. Valetim Bastos. **Da Busca e Apreensão no Processo Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 179/2012. Plenário. Relator(a): Cons. José da Cunha Barbosa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 171/10.8JALRA –A.CI. Terceira Secção. Relator(a): Armindo Monteiro. Julgamento: 5 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2110e0ed54a1627c80257a83005191e4?OpenDocument>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

_____. _____. Acórdão nº 08P3268. Relator(a): Santos Carvalho. Julgamento: 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3781c71a5f892f4380257508004a0b7b?OpenDocument&Highlight=0,SJ20081120032695>>.

Acesso em: 30 nov. 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** (o princípio do *nemotetur* se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

REIS, Rachel Seone. **Confisco Penal** – Uma medida de combate ao lucro ilícito adquirido pelo crime organizado. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, 2009.

SAADI, Ricardo Andrade. Combate à lavagem de dinheiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 237, p. 7, ago. 2012.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro** - Distinção de bens apreendidos, Delação Premiada e Responsabilidade Social. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHOTT, Paul Allan. Guia de Referência Anti-branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo. 2. ed. **BIRD/Banco Mundial**, abr. 2005.

SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira Editor, 2001.

TOLEDO JUNIOR, Milton Nunes. O Estado Brasileiro e a recuperação de ativos ilícitos: Experiência da Procuradoria Geral da União. In: MACHADO, Maír Rocha

(Org.). **Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos**: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NOTAS:

[1] SCHOTT, Paul Allan. Guia de Referência Anti-branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo. 2. ed. **BIRD/Banco Mundial**, abr. 2005.

[2] CANAS, Vitalino. **O Crime de Branqueamento**: Regime Prevenção e de Repressão. Lisboa: Almedina, 2004, p. 7.

[3] CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel (Orgs.). **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

[4] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Lavagem de dinheiro: 'este é um crime que aparenta não ter vítimas', diz representante da ONU. **ONUBR**, 29 out. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/lavagem-de-dinheiro-este-e-um-crime-que-aparenta-nao-ter-vitimas-diz-representante-da-onu/>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

[5] PERNAMBUCO. Secretaria de Planejamento e Gestão. Mapa indicadores de Pernambuco – 2014. **SEPLAG-PE**, 2014. Disponível em: <http://www.seplag.pe.gov.br/c/publicador_repositorio_documento/get_file?p_l_id=769&folderId=1511&name=DLFE-1601.pdf>. Acesso em: 15 set. 2014.

[6] MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

[7] AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2007, p. 63.

[8] MEYER-GOSSNER, Lutz. apudALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 504.

[9] PITOMBO, Cleunice A. Valetim Bastos. **Da Busca e Apreensão no Processo Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, p. 167.

[10] MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 97.

[11] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de Branqueamento de Capitais - Introdução e Tipicidade**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 47.

[12] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 322.

[13] COUNCIL OF EUROPE. Convention on laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime... **An international journal**, Camden, v. 2, n. 3, spring 1991, p. 444.

[14] PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 23.

- [15] CUNHA, José M. Damião da. **Perda de bens a favor do Estado...** Coimbra: Coimbra, 2004, p.39
- [16] BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais...** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012, p. 297.
- [17] GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de lavagem de dinheiro: para inglês ver (?). **Olhar Jurídico**, 31 jul. 2012. Disponível em: Lei para Inglês ver. Disponível em <[http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=Nova lei de lavagem de dinheiro para ingles ver &id=32](http://www.olhardireto.com.br/juridico/artigos/exibir.asp?artigo=Nova%20lei%20de%20lavagem%20de%20dinheiro%20para%20ingles%20ver%20&id=32)>. Acesso em: 17 ago. 2012.
- [18] DAVIN, João. **Criminalidade Organizada Transnacional** - A cooperação judiciária e policial na UE. Coimbra: Almeida, 2007, p.39.
- [19] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 395.
- [20] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** (o princípio do *nemotetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.
- [21] SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira Editor, 2001, p. 30-31.
- [22] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 581.
- [23] MENDES, Paulo de Souza. A prova penal e as regra da experiência. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2009-2010, p. 999.
- [24] LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 583.
- [25] COUNCIL OF EUROPE. Convention on laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime... **An international journal**, Camden, v. 2, n. 3, spring 1991, p. 461.
- [26] SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro** - Distinção de bens apreendidos, Delação Premiada e Responsabilidade Social. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62.
- [27] BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 mar. 1998.
- [28] NASCIMENTO, Rogério Soares de. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 - Ônus de provar a licitude de bens suspeitos de origem criminoso. **Revista Conselho da justiça Federal**, Brasília, n. 5, ano 1998.
- [29] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 147.

- [30] SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro** - Distinção de bens apreendidos, Delação Premiada e Responsabilidade Social. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.
- [31] DUARTE, Alberto Rodrigues Nunes. **A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crime como instrumento de combate à criminalidade organizada...** Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, p. 5.
- [32] REIS, Rachel Seone. **Confisco Penal** – Uma medida de combate ao lucro ilícito adquirido pelo crime organizado. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, 2009, p. 21.
- [33] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **“Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova”...** Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1317.
- [34] Ibidem, p. 1316.
- [35] DIAS, Jorge Dias. “Lei n.5/2002 de 11 de janeiro, Breve comentários aos novos regimes de segredo profissional e da perda de bens a favor do Estado”. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 89, p. 148-151, 2002.
- [36] PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 08P3268. Relator(a): Santos Carvalho. Julgamento: 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3781c71a5f892f4380257508004a0b7b?OpenDocument&Highlight=0,SJ20081120032695>>. Acesso em: 30 nov. 2012.
- [37] PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 171/10.8JALRA –A.CI. Terceira Secção. Relator(a): Armindo Monteiro. Julgamento: 5 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2110e0ed54a1627c80257a83005191e4?OpenDocument>>. Acesso em: 15 dez. 2012.
- [38] CUNHA, José M. Damião da. **Perda de bens a favor do Estado...** Coimbra: Coimbra, 2004, p.37.
- [39] CANAS, Vitalino. **O Crime de Branqueamento: Regime Prevenção e de Repressão**. Lisboa: Almedina, 2004, p.172
- [40] CANAS, Vitalino. **O Crime de Branqueamento: Regime Prevenção e de Repressão**. Lisboa: Almedina, 2004, p.172.
- [41] CUNHA, José M. Damião da. **Perda de bens a favor do Estado...** Coimbra: Coimbra, 2004, p.39.
- [42] GOMES, Luiz Flavio. Lei da Lavagem de Capitais: Aspectos processuais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 65, abr. 1998, p. 11.
- [43] BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais...** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012, p. 300.

[44] CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel (Orgs.). **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no ADI MC 1480. Relator(a): Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 26 jun. 2001. DJ., 8 ago. 2001, p. 00003.

[46]MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162.

[47] MORO, Sérgio Fernando. Confisco de bens: velho conceito na ordem do dia. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 26 jul. 2009.

[48] SAADI, Ricardo Andrade. Combate à lavagem de dinheiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 237, p. 7, ago. 2012.

[49] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **“Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ônus da prova” ...** Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1358.

[50] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 179/2012. Plenário. Relator(a): Cons. José da Cunha Barbosa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

[51] DUARTE, Alberto Rodrigues Nunes. **A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crime como instrumento de combate à criminalidade organizada...** Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, p. 35.

[52]DIAS, Jorge Dias. Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro: breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, a. 23, n. 89, p. 152, jan./mar. 2002.

[53] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Reports of judgments and decisions. **ECHR**, 5 jul. 2001. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-VII.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2014.

[54] DIAS, Jorge Dias. Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro: breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, a. 23, n. 89, p. 152, jan./mar. 2002

[55] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 214.

[56] MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

[57] MAIEROVITH, Walter. Crime Organizado: É preciso seguir o caminho do dinheiro. **Estado de São Paulo**, 21 nov. 2012.

[58] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Produto da criminalidade organizada – Garantir que o “crime não compensa”. **Comunicação da Comissão ao**

Parlamento Europeu e ao Conselho, Bruxelas, 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://eurolex.europa.eu/notice.do?val=483674:cs&lang=pt&lis=483144:cs483122>>. Acesso em: 17 ago. 2012.

[59] REIS, Rachel Seone. **Confisco Penal** – Uma medida de combate ao lucro ilícito adquirido pelo crime organizado. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, 2009, p. 13.

[60] BARCELOS, Andrea Beatriz Rodrigues. Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. **Escola Superior do Ministério Público da União**, Boletim Científico, Brasília, ano 5, p. 141-142, jan./jun. 2006.

[61] MAUGERI, Anna Maria. **I Modelli di Sanzioni Patrimoniale nel Diritto Comparato, em Atti del Convegno...** Catania: Giuffrè editores, 2008, p. 97.

[62] ALLDRIGE, Peter. **Money Laundering Law** - Forfeiture, confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 232.

[63] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 51.

[64] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Guia legislativo para aplicação da convenção das nações unidas contra a criminalidade organizada transnacional. **CRIEC**, mar. 2003, p. 116. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaConv.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

[65] CUNHA, José M. Damião da. **Perda de bens a favor do Estado...** Coimbra: Coimbra, 2004, p. 8.

[66] BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 mar. 1998.

[67] SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro** - Distinção de bens apreendidos, Delação Premiada e Responsabilidade Social. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

[68] GOMES, Luiz Flavio. Lavagem de Dinheiro sujo: números da impunidade. **Instituto Avante Brasil**, 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/lavagem-de-dinheiro-sujo-numeros-da-impunidade/>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

[69] Ibidem, loc. cit.

[70] BRASIL. Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jul. 2012.

[71] BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 mar. 1998.

[72]NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2013, p. 501.

[73] PERNAMBUCO. Diário Oficial do Estado de Pernambuco. Ano LXXXIX, n. 33, Poder executivo, Recife, PE, 16 fev. 2012. Disponível em:

<<http://www.cepe.com.br/diario/includes/doel/box.php?ano=2012&data=20120216&caderno=1->

[PoderExecutivo&key=405be564a660e2bd8c2e9c87dae58a40893da832](http://www.cepe.com.br/diario/includes/doel/box.php?ano=2012&data=20120216&caderno=1-PoderExecutivo&key=405be564a660e2bd8c2e9c87dae58a40893da832)>. Acesso em: 28 abr. 2014.

[74] FATF/GAFI. Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação – As recomendações do GAFI. **FATF/GAFI**, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

[75]ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. Ações de 2011. **ENCCLA**, 2011. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2011>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

[76] GALUCCI, Mariângela. Condenados por corrupção e lavagem de dinheiro não passam de 500, aponta Conselho Nacional de Justiça. **O Estado de São Paulo**, Seção Política, 1 jun. 2012, p. 2.

[77] DAVIN, João. **Criminalidade Organizada Transnacional** - A cooperação judiciária e policial na UE. Coimbra: Almeida, 2007, p. 39.

[78] NATIONAL CRIMINAL INTERLLIGENCE SERVICE. United Kingdom Threat Assessment of Serious and Organised Crime 2003. **NCIS**, 21 ago. 2003. Disponível em: <<http://image.guardian.co.uk/sys-files/Guardian/documents/2003/08/21/crime.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2014.

[79] TOLEDO JUNIOR, Milton Nunes. O Estado Brasileiro e a recuperação de ativos ilícitos: Experiência da Procuradoria Geral da União. In: MACHADO, Maír Rocha (Org.). **Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos**: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 155-156.

[80] PERNAMBUCO. Lei 16.596/2019 de 29 de julho de 2019. Diário Oficial do Estado de Pernambuco. Poder Legislativo. Disponível em <http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=46285>. Acesso em 04 de julho de 2019.

[81] GOIAS. Lei 19.828/2019 de 20 de setembro de 2017. Diário Oficial do Estado Goiás. Poder legislativo. Disponível

em http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=22084. Acesso em 1º de julho de 2019

[82] ARAS, Vladimir. Lavagem de dinheiro e corrupção: irmãs siamesas. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 16, n. 361, p. 38-39, fev. 2012.

[83] VOLTAIRE. apud SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro** - Distinção de bens apreendidos, Delação Premiada e Responsabilidade Social. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

[84] BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 jun. 1991.

[85] BRASIL. Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2004.

[86] FÉNIX. Projecto FÉNIX. **Fenix**, jun. 2010. Disponível em: <<http://fenix.pgr.pt/documentos/Projecto%20FENIX%20-%20NOTA%20DE%20ENQUADRAMENTO.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS RELAÇÕES COM OS AGENTES PRIVADOS

Alexandre Dias da Silva, o autor:
Graduando em Direito e Assessor
Parlamentar da Câmara Municipal de
Ilha Solteira/SP.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)[1] [2]

RESUMO: O presente estudo teve como objetivo apontar a participação da Iniciativa Privada em suas ações de responsabilidade social. O direito público brasileiro reflete, em sua evolução histórica, a alternativa de tendências que se aproximam dos parâmetros comparativos no plano internacional. No período colonial, o absolutismo concentrava no poder monárquico o domínio da ordem econômica com a finalidade precípua de captação de recursos para o Erário Real. O objetivo deste estudo foi verificar o Projeto de Lei elaborado pelo Poder Executivo que institui normas gerais sobre as Parcerias Público-Privadas (PPP), visando tecer comentários no sentido de aperfeiçoá-lo. Apontou-se, ainda, uma reflexão sobre o Projeto de Lei à luz da experiência recente da administração pública com esse tipo de empreendimento, com a finalidade de sugerir aperfeiçoamentos a tal projeto.

Palavras-chave: Serviços públicos. Parceria público-privada. Eficiência.

ABSTRACT: The present study aimed to point out the Private Initiative's participation in its social responsibility actions. Brazilian public law reflects, in its historical evolution, the alternative of trends that are close to the international comparative parameters. In the colonial period, absolutism concentrated on monarchical power the dominance of the economic order with the primary purpose of fundraising for the Royal Treasury. The objective of this study was to verify the Bill prepared by the Executive Power that establishes general norms on Public-Private Partnerships (PPP), aiming to make comments in order to improve it. It was also pointed a reflection on the Bill in the light of the recent experience of public administration with this type of enterprise, with the purpose of suggesting improvements to such project.

Keywords: Utilities. Public-private partnership. Efficiency.

Sumário: 1. Introdução. 2. Referencial teórico: 2.1. Conceito de serviço público. 2.1.1. Prestação direta do serviço público. 2.1.2. Prestação indireta do serviço público. 2.2. A nova gestão pública. 2.3. Parceira público-privada: potencialidades, limitações e críticas. 2.4. Legislação aplicável. 2.5. Características do contrato de parceria público-privada. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As parcerias entre o agente público e o agente privado, tem um histórico abrangente em várias partes do mundo. Ao tempo em que tudo se modernizou, as PPP's também foram se modificando e se ajustando quanto a sua definição e aplicação e, seu sistema regulatório.

A preferência por parcerias público-privadas surge especialmente no contexto em que há limitações orçamentárias e a impossibilidade do Estado de atender as demandas crescentes da sociedade. Encaixando-se na concepção do Estado Liberal ou Regulador, as PPP's também são passíveis de serem aplicadas a outras concepções de Estado. Sendo de característica complexa, as PPP's, envolvem três dimensões: dimensão Estado; dimensão Sociedade e dimensão Setor Privado.

A Lei 11.079/2004 instituiu normas gerais de licitação e contratação de PPP's, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivos fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente. No Brasil, a Legislação Federal serve de base para os demais entes federativos. Entre o ano de 2003 e o ano de 2008, diversos estados e municípios tiveram leis específicas de parceria público-privada editadas.

Moreira (2005) menciona a urgência da equiparação da Administração Pública à iniciativa privada no que toca a uma maximização na utilização de verba pública e à diminuição do excesso do que ele chama de formalidades.

O presente estudo busca verificar a hipótese de que essa parceria trouxe benefícios para todas as partes envolvidas, evidenciando o possível papel da iniciativa privada como mecanismo de mudança na situação pública atual, além da fomentação do desenvolvimento da sociedade.

Apesar de um cenário nacional econômico muito preocupante, nota-se o crescimento da iniciativa privada, que em pouco tempo deve se recuperar e voltar a ser produtiva e geradora de riqueza.

Logo, a atuação junto ao setor público mostra-se como possibilidade de um novo seguimento de atuação promissor. Apesar de notar-se alteração no modelo e na concepção do papel a ser representado pelo Estado brasileiro, procurando diminuir sua atuação no segmento econômico e na prestação de serviços públicos, passando a utilizar-se de ferramentas reguladoras e fiscalizadores, a realidade de que, segundo Pestana (2006), há muito a fazer para que os interesses dos cidadãos possam ser assistidos de forma satisfatória, assegurando o mínimo de qualidade de vida.

O estudo em tela busca elucidar e contribuir para as discussões acerca das Parcerias Público-Privadas, dando visibilidade ao tema, bem como exemplificando possíveis alternativas ao setor privado de contribuição no desenvolvimento da sociedade e melhor desempenho do setor público.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Conceito de serviço público

Sob o ponto de vista doutrinário, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2015) define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

Por sua vez, Edmir Netto de Araújo (2015, p.132) define serviço público como:

Toda atividade exercida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, para a realização direta ou indireta de suas finalidades e das necessidades ou comodidades da coletividade, ou mesmo conveniências do Estado, tudo conforme definido pelo ordenamento jurídico, sob regime peculiar, total ou parcialmente público, por ele imposto.

No que se refere ao direito positivo, a Constituição brasileira indica quais atividades são consideradas serviços públicos nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, parágrafo 2º. São elas:

Serviço postal e o correio aéreo nacional; serviços de telecomunicações, serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água; navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais; serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres; serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; serviços e instalações nucleares de qualquer natureza; a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados; serviços locais de gás canalizado (ARAÚJO, 2015).

Os serviços públicos classificam-se, conforme Hely Lopes Meirelles (2013), em serviços públicos propriamente ditos, serviços de utilidade pública, serviços próprios do Estado, serviços impróprios do Estado, serviços administrativos, serviços industriais, serviços gerais ou individuais.

A Constituição Federal, em seu artigo 175, caput, elenca as formas de oferecimento dos serviços públicos, quais sejam:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão,

sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Deste dispositivo, há basicamente duas formas de prestação dos serviços públicos, a direta e a indireta, que, por conveniência e oportunidade, podem ser utilizadas pela Administração Pública.

2.1.1 Prestação direta do serviço público

Partindo do princípio de que a classificação mais adequada à Constituição de 1988 é aquela que divide a prestação em direta e indireta, quando se fala em execução direta do serviço público, abrange-se a execução pela Administração Pública direta, aquela formada pelos órgãos sem personalidade jurídica, e pela Administração Pública indireta, de que trata o art. 37, caput da Constituição, constituída pelas entidades com personalidade jurídica própria, isto é, as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Observe-se que a titularidade de um serviço público significa a competência legal para prestá-lo e executá-lo, regulamentando e disciplinando sua execução (ARAÚJO, 2015).

Sendo assim, a titularidade de um serviço só pode ser atribuída através de lei e ao Poder Público, nele compreendidas apenas as pessoas políticas integrantes da Administração direta. Esses entes políticos podem transferir partes específicas de suas competências para entidades da Administração indireta através de uma lei, não havendo necessidade de contrato de concessão ou permissão, que serão melhor analisados adiante. É certo que, mesmo nesses casos, a competência genérica continua com a pessoa política instituidora (ARAÚJO, 2015).

2.1.2 Prestação indireta do serviço público

A forma “tradicional” de prestação de serviço público é a executada diretamente pela Administração Pública, vista no tópico anterior. No entanto, não obstante a regra seja a prestação direta, percebe-se o aumento do trespasse da execução desses serviços a terceiros, que se incumbem de prestá-los à comunidade, conforme disciplinado pelo Estado. Isso deriva da realidade que o país vive, na qual

a demanda por comodidades públicas por parte dos administrados é cada vez maior, enquanto que os recursos públicos são cada vez mais escassos, sendo a Administração Pública sozinha incapaz de propiciar à coletividade todos os serviços dos quais necessita (ARAÚJO, 2015).

Assim, a Administração Pública pode, ao invés de prestar ela mesma o serviço, permitir que uma entidade privada seja a prestadora do serviço, através do instituto da delegação. Neste caso, o Estado mantém a titularidade do serviço e delega apenas sua execução a empresas de natureza privada, diferentemente do que ocorre com as entidades da Administração Pública indireta, que, como visto, recebem parte da titularidade do serviço (ARAÚJO, 2015).

Esta delegação pode ser efetivada por meio de ato administrativo ou de contrato, variando de acordo com a modalidade de delegação a ser realizada. Araújo (2015, p. 183) menciona:

(...) após a promulgação da Constituição vigente, ficou claro e expresso que as concessões e também as permissões (art. 175, I) se submetem ao regime contratual administrativo, mediante licitação: a precariedade e o ato unilateral reservam-se agora aos raros casos de “autorização” administrativa (...)

Vale mencionar que há serviços classificados como indelegáveis, ou seja, que não podem ser delegados a particulares. Em outras palavras, serviços indelegáveis são aqueles que somente podem ser prestados pela Administração, não admitindo delegação de sua execução a terceiros, em razão de estarem relacionados com as atividades inerentes do Poder Público, como o serviço de segurança nacional, por exemplo (ARAÚJO, 2015).

2.2 A nova gestão pública

A primeira grande reforma na área pública, analisada por Weber, foi a chamada Reforma Burocrática (ou Reforma do Serviço Público) e relacionava-se à formação de um serviço público profissionalizado. Ela ocorreu em meados do

século XIX na Europa ocidental, no início do século XX nos EUA e na década de 30 no Brasil (PESTANA, 2006).

Posteriormente, quando se evidenciou a necessidade de mudança e a as deficiências na organização e funcionamento do setor público, emendas constitucionais que objetivassem garantir a reforma do Estado adquiriram o status de "importância fundamental" na agenda do Brasil. Isso tudo teve como cenário o início do governo de Fernando Henrique Cardoso, em 1995 (PESTANA, 2006).

Em sequência a primeira emenda aprovada, que tinha como finalidade dar fim aos monopólios estatais do setor energético e do setor de comunicações, são propostas três emendas constitucionais significativas e enviadas ao congresso: reforma tributária, reforma da previdência social e reforma administrativa.

Quatro anos depois, segundo Bresser-Pereira (1999) apenas a Reforma Gerencial da Administração Pública pode ser considerada como um verdadeiro êxito e a segunda verdadeira reforma do setor público. A partir desse ponto, apesar de muitas vezes ser confundido com a mesma definição de administração pública, o termo "gestão pública" traz como significado o rompimento da administração pública tradicional, que já não servia para cumprir o seu propósito, e a adoção de ferramentas da gestão do setor privado.

Desta forma, Drucker (1993), que diagnosticou uma "revolução" da gestão, considera que gestão não se refere à hierarquia organizativa de uma administração clássica (o que geralmente ocorria na América Latina na época, com falsas reformas que apenas acarretavam mudança no organograma da administração quando um novo governo tomava posse), mas à capacidade de promover a inovação sistemática do saber e tirar dela o máximo rendimento na sua aplicação à produção,

Bresser-Pereira (1999) afirma que a Reforma Gerencial de 1995 substituiu a administração pública burocrática misturada a práticas clientelistas ou patrimonialistas por uma administração pública gerencial, que adota os princípios da "nova gestão pública" (new public management). A reforma trouxe flexibilidade aos processos e os regulamentos burocráticos, conferindo um grau mais elevado

de autonomia às agências governamentais e aos seus gerentes. Foi considerada um novo fenômeno histórico que ganha ainda mais força quando fica claro que uma das razões pela crise fiscal do Estado da época era sua ineficiência estrutural da administração pública burocrática.

Segundo Matias-Pereira (2009), o principal desafio dos governos e da administração pública no mundo contemporâneo é promover o desenvolvimento econômico e social sustentável, num ambiente de mudanças de paradigmas, que estão impactando de maneira profunda na sociedade, em especial nas áreas econômicas, sociais, ambientais, culturais e tecnológicas. Com isso, governos e administrações públicas precisam se preocupar em utilizar-se de ferramentas inovadoras de relacionamento com a sociedade. Nesse sentido, muito mais do que elevar o nível do desempenho da gestão pública, há a necessidade latente de enfoque também no que toca a ética, a moral e a transparência na administração pública (MATIAS-PEREIRA, 2009).

Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, em 1995, define-se no Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado a Reforma Gerencial, buscando substituir a então gestão burocrática. A tendência de promover a reforma do Estado tem como fundamento a preocupação dos governos em empreender esforços para modernizar e agilizar a administração pública (MATIAS-PEREIRA, 2009).

Esse modelo gerencial proposto se diferenciava principalmente por ser caracterizar pela descentralização, eficiência e busca por resultados. Conforme escrito por Luiz Bresser Pereira (1999, p. 06), a Reforma Gerencial de 1995 englobada mudança relacionado a diversos pontos:

A reforma envolve: a) a descentralização dos serviços sociais para estados e municípios; b) a delimitação mais precisa da área de atuação do Estado, estabelecendo-se uma distinção entre as atividades exclusivas que envolvem o poder do Estado e devem permanecer no seu âmbito, as atividades sociais e científicas que não lhe pertencem e devem ser transferidas para o setor público

não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado; c) a distinção entre as atividades do núcleo estratégico, que devem ser efetuadas por políticos e altos funcionários, e as atividades de serviços, que podem ser objeto de contratações externas; d) a separação entre a formulação de políticas e sua execução; e) maior autonomia e para as atividades executivas exclusivas do Estado que adotarão a forma de "agências executivas"; f) maior autonomia ainda para os serviços sociais e científicos que o Estado presta, que deverão ser transferidos para (na prática, transformados em) "organizações sociais", isto é, um tipo particular de organização pública não-estatal, sem fins lucrativos, contemplada no orçamento do Estado (como no caso de hospitais, universidades, escolas, centros de pesquisa, museus, etc.); g) assegurar a responsabilização (accountability) através da administração por objetivos, da criação de quase-mercados, e de vários mecanismos de democracia direta ou de controle social, combinados com o aumento da transparência no serviço público, reduzindo-se concomitantemente o papel da definição detalhada de procedimentos e da auditoria ou controle interno – os controles clássicos da administração pública burocrática – que devem ter um peso menor.

Segundo Bresser-Pereira (1999) "a aprovação de grandes reformas depende de quatro fatores: necessidade, concepção e desenho, persuasão democrática, e alianças". Sendo a reforma proposta aprovada pelo Congresso com alterações mínimas do original, optou-se pela Gestão pela Qualidade Total como principal estratégia de gerenciamento a ser adotada pelas organizações do Estado.

Há necessidade quando a reforma responde a uma demanda social real. O desenho adequado da reforma, isto é, o fato de que o texto ou o conteúdo das novas instituições propostas respondem efetiva e claramente aos objetivos visados, é essencial para sua aprovação. Em terceiro lugar, nas democracias as reformas dependem de um debate nacional através do qual a opinião pública possa ser persuadida. E em quarto, para conseguir o apoio dos políticos no Congresso, é necessário, além da aprovação da opinião pública, estabelecer alianças estratégicas (BRESSER-PEREIRA, 1999).

2.3 Parceria público-privada: potencialidades, limitações e críticas

Segundo Hiernaux (1997) parceria define-se “em torno da utilização de recursos e/ou descoberta de interesses comuns articuláveis”. A efetivação do desenvolvimento sustentável, que contempla não apenas o desenvolvimento econômico, mas também o social e ambiental, exige ações complexas, que não dependem de apenas um único ator, no caso, o poder público (MATIAS-PEREIRA, 2009). Sendo assim, a articulação entre administração pública e empresas se mostra não apenas como algo possível, mas, possivelmente, em algum grau, necessário.

Ainda de acordo com Matias-Pereira (2009), é preciso ter em conta que respeitadas as diversidades e as diferenças, é factível identificar interesses comuns.

Além de limitações legais, existem complicações no que tange junção do setor público e privado. Exemplos internacionais de insucessos devem-se basicamente as falhas legais e regulatórias, inadequado processo de seleção das empresas privadas, má avaliação dos custos e investimentos, falta de adequados agentes regulatórios ou de descontrole das parcerias e menosprezo de possíveis desvantagens de riscos (NUNES, 2004).

As parcerias público-privadas (PPP) situam-se no que toca os limites mínimos e máximos da participação da iniciativa privada. Enquadram-se, inclusive, no âmbito político-ideológico da terceira via, já que ao mesmo tempo se distanciam da visão liberal dos serviços públicos (que objetivam principalmente o Estado mínimo) e da

perspectiva que considera a provisão estatal de serviços públicos uma questão de princípios (HM TREASURY, 2002).

As discussões acerca das PPP's, sobretudo a presença da iniciativa privada de forma participativa em empreendimentos de natureza pública, não é um acontecimento recente. Com origens em fenômenos ocorridos no século XIX e nas primeiras décadas do século XX, essa concessão evidencia-se como presente em diversas partes do mundo. O canal de Suez, cuja concessão foi adjudicada em 30 de novembro de 1854 à *Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez* é um dos mais significativos exemplos (PINA E TORRES, 2003).

Segundo Pestana (2006, p.87):

Parece-nos que se estabelecem, no Brasil, novos tempos, em que, mediante a publicização, ainda que relativa, do que é particular, assim como da particularização, não obstante relativa, do que é público, concessões e alargamento de princípios até então fundamentais de uns e outros, forja-se um novo tipo de relação jurídica, que poderá trazer benefícios a toda coletividade, não só por aprimorar a prestação de serviços públicos, como, sobretudo, por antecipá-la, pois, sabemos, as dificuldades crônicas financeiras do estado brasileiro habitualmente postergam, quando não verdadeiramente suprimem os investimentos que possam beneficiar a coletividade.

De modo geral, a intenção e objetivos das parcerias público-privadas tem sido avaliadas como positivas, nos meios políticos e científicos, conforme aborda Stiglitz (2003) que afirma que ao aquilatarem o papel apropriado do governo, procuram incorporar o entendimento das limitações tanto do governo como dos mercados. (...) A visão predominante procura encontrar caminhos para governo e mercados trabalharem juntos, cada um fortalecendo o outro.

2.4 Legislação aplicável

As Parcerias Público-Privadas foram instituídas pela Lei nº 11.079/2004, alterada algumas vezes, pela Lei 11.409/2011, Lei 12.766/2012, Lei 13.043/2014 e Lei 13.137/2015.

Aplica-se subsidiariamente às PPP's, em matéria de licitação, conforme o artigo 12 da Lei 11.079, a Lei 8.666/93 (DI PIETRO (2015)).

A Lei 11.079/2004 institui, em seu artigo 1º, normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas para a União, Distrito Federal, Estados e Municípios, estando em consonância com o artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, que traz em seus incisos os assuntos que competem privativamente à União no que tange à legislação, o que inclui normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e para as empresas públicas e sociedades de economia mista (DI PIETRO (2015)).

Pelo parágrafo único do artigo 1º, a lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O dispositivo em voga teve uma leve alteração em sua redação recentemente, através da Lei 13.137/2015, que acrescentou que a lei se aplica aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo (DI PIETRO (2015)).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) alerta que não seria correta a aplicação da lei à Administração Indireta, como dispõe o parágrafo único do artigo 1º. A autora explica que quando a entidade da Administração Indireta desempenha um serviço público, já o faz porque o respectivo ente da Administração Direta, titular do serviço, a criou com essa finalidade específica, a de prestar certo serviço público. Ou seja, a entidade da Administração Indireta nunca é titular originária de determinado serviço público, pelo que ela não poderia transferir a execução do

serviço a terceiros, podendo no máximo celebrar contratos de prestação de serviços ou, caso atue como concessionária de serviço público, fazer uma subconcessão.

Logo, uma entidade da Administração Indireta não pode figurar como parceiro público em um contrato de parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada, somente na modalidade de concessão administrativa, desde que o contrato não tenha por objeto a prestação de serviço público de titularidade do Poder Público.

A Lei 11.079/2004 contém normas gerais, obrigatórias para União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como normas federais, aplicáveis apenas a União, sendo fácil distingui-las, haja vista o Capítulo VI da lei, que tem como título “Disposições aplicáveis à União”, iniciando no artigo 14 e encerrando no artigo 22. Posto que esses dispositivos não tem aplicação obrigatória aos demais entes da federação, cada um pode disciplinar a matéria dentro de sua competência legislativa suplementar, permitida pela Constituição, em seus artigos 24, §2º e 32, aos Estados e Distrito Federal, respectivamente (DI PIETRO (2015)).

Neste sentido, vários Estados legislaram acerca da matéria, alguns antes mesmo da promulgação da Lei Federal 11.079/2004, sendo certo que tais leis estaduais tiveram de se adequar à legislação federal. Eis algumas dessas leis estaduais: Lei nº 11.688/2004, do Estado de São Paulo; Lei nº 9.290/2004, do Estado da Bahia; Lei nº 14.868/2003, de Minas Gerais; e Lei nº 12.234/2005, do Rio Grande do Sul.

2.5 Características do contrato de Parceria Público-Privada

O contrato de PPP deve respeitar, basicamente, os artigos 23 da Lei 8.987/95 e 5º da Lei 11.079/2004. Dentre as cláusulas obrigatórias do referido contrato, convém citar a previsão dos fatos que venham a caracterizar a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia, uma vez que, cumpre salientar, esta participação financeira por parte da Administração Pública é a característica principal da PPP.

O artigo 11, inciso III da Lei 11.079 de 2004, por sua vez, dispõe que o contrato deve prever mecanismos privados de resolução de conflitos, como a arbitragem, a ser realizada no Brasil conforme a Lei 9.307 de 1996 (Lei da Arbitragem). Isso demonstra a tendência de se utilizar a arbitragem nos contratos administrativos. Contudo, a constitucionalidade de tal previsão é duvidosa, tendo em vista o art. 5º, XXXV da Constituição brasileira, segundo o qual nenhuma lesão a direito ou interesse poderá ser subtraída pela lei à apreciação do Poder Judiciário.

O contrato deve definir ainda certas metas e padrões de qualidade e disponibilidade, segundo os quais se avaliará o desempenho do parceiro privado. De acordo com esse desempenho, será realizado o pagamento de remuneração variável ao mesmo, tudo nos termos do artigo 6º da Lei 11.079/2004. Ademais, uma sociedade de propósito específico deve ser constituída pelo licitante vencedor da concorrência a fim de implantar e gerir o objeto da parceria, não podendo a Administração ser titular da maioria do seu capital com direito a voto.

Reza o artigo 9º da Lei 11.079/2004 que tal sociedade deve obedecer aos padrões de governança corporativa e pode assumir a forma de companhia aberta, admitindo-se que seus valores mobiliários sejam negociados no mercado.

Destaca-se que, como determina o artigo 2º, parágrafo 4º da Lei 11.079/2004, não é possível celebrar um contrato de PPP quando seu valor for inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); ou quando o período de sua prestação seja inferior a 5 (cinco) anos; ou quando seu único objeto for o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o estudo bibliográfico apresentado, verifica-se que as parcerias público-privadas, constitui uma viável oportunidade para a Administração Pública solucionar questões relacionadas à infraestrutura e serviços públicos. O modelo se mostrou positivo em relação à melhoria da gestão. A utilização de

investimentos de parceiros privados em programa de PPP's garante a eficiência que a Administração Pública deve primar.

No entanto, não são soluções absolutas, capazes de substituir completamente o modelo antigo, sendo certo que a Administração Pública deve identificar a modalidade mais adequada para cada tipo de projeto, de forma a melhor atender aos interesses da sociedade e à legislação.

Verificou-se que, da interação entre os setores público e privado tendem a diversos benefícios como o aumento da qualidade e eficiência nos serviços prestados, maior transparência dos gastos públicos e redução do impacto orçamentário.

Logo, verifica-se a tendência de o instituto da parceria público-privada assumir uma importância cada vez maior, tanto para o crescimento do país, quanto para o bem-estar da sociedade, por incentivar a viabilização de serviços públicos essenciais e a implantação de melhor infraestrutura nas cidades.

4. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 132.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos (1999). **Reflexões Sobre a Reforma Gerencial Brasileira de 1995**. Revista do Serviço Público, 50(4), 1999:5-30.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 141.

DRUCKER, P. **La sociedad poscapitalista**. Madrid: Apóstrofe, 1993.

HIERNAUX, J.P. **O parceria, uma perspectiva de desenvolvimento do trabalho social**. In: J. Estivil (Org.). O parceria social na Europa: uma estratégia participativa para a inserção. Porto: Cadernos REAPN, 1997. P.77-88.

HM TREASURY. **Building better partnerships**. London, 2002.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de gestão pública contemporânea**. 2 ed. São Paulo. Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 379.

MOREIRA, Márcia Maria. **O Controle Interno como Paradigma da Administração Pública Gerencial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 890, 10 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7569>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

NUNES, S. P. P. **Em defesa do interesse público, contra o vale tudo da PPP**. Nota técnica, Inesc, n.87, abr. 2004.

PESTANA, Marcio. **A concorrência pública na parceria público-privada (PPP)**. São Paulo: Atlas, 2006.

PINA, V.; TORRES, L. **La iniciativa privada en el sector público**: externalización de servicios y financiación de infraestructuras. Madrid: Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 2003.

NOTA:

[1] Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC

[2] Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP, para obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Administrativo.

PANORAMA INTERNACIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS SENTENÇAS PENAIS

José Eduardo Brasil Louro da Silveira, o autor:
Pós Graduado em Direito Constitucional Aplicado.

Introdução

O trabalho visa examinar a coexistência entre a execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência nos ordenamentos do mundo ocidental moderno, especialmente diante do profundo debate em nosso sistema acerca da regra segundo a qual as sentenças penais condenatórias não podem ser executadas até que sejam esgotados os recursos cabíveis contra a decisão.

Fundamentação

Os juristas Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Monica Nicida Garcia e Fábio Gusman elaboraram excelente estudo denominado “Execução Provisória da Pena – Panorama nos Ordenamentos Internacional e Estrangeiro”, no qual investigam a exequibilidade das condenações criminais em algumas nações, de modo a compreender a forma como isso ocorre nos ordenamentos ocidentais atuais.

Neste trabalho, destacam os autores que, na Inglaterra, os acusados devem, em regra, aguardar os julgamentos dos recursos enquanto cumprem a pena sentenciada, a menos que a lei garanta-lhes a liberdade mediante o pagamento de fiança.

Nos Estados Unidos, por sua vez, os juristas salientam que a matéria é regulamentada pelo artigo 16 do Código de Processo Penal Americano, dispondo que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em veredito efetivo”, de modo que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo as disposições legais, ressalvadas, em algumas hipóteses, o direito de recorrer em liberdade mediante o pagamento de fiança.

Já a nação canadense, que, conforme a tradição britânica, não possui constituição escrita, regulamenta a questão através de sua Carta de Direitos e

Liberdades, que dispõe na seção 11, "d", que qualquer pessoa acusada da prática de um delito tem direito de ser presumida inocente até que provada culpada de acordo com a lei em julgamento público e justo por um tribunal independente e imparcial. Segundo os juristas *"mesmo assim, a força da presunção de inocência não impede o início do cumprimento de sentença logo depois de exarada a sentença"*.

O estudo aponta também que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional tem decidido que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo, negando, assim, o duplo efeito aos recursos extraordinários. A França, por sua vez, que adota como carta de direitos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tem o direito à presunção de inocência disciplinado no art. 9º do diploma, segundo o qual *"todas as pessoas são consideradas inocentes até que sejam declaradas culpadas"*.

Os autores prosseguem na análise da execução provisória da pena no exterior apontando que, em Portugal, o princípio da presunção de inocência encontra-se insculpido no nº 2 do artigo 32 da Constituição Portuguesa, dispondo que *"todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa"*. Todavia, apontam que já haveria entendimento firmado no sentido que o efeito suspensivo dos recursos não é aplicável ao Tribunal Constitucional.

Por fim, o estudo analisa a presunção de inocência conforme insculpida nas constituições da Espanha e Argentina, concluindo que, também nessas nações, o estado de inocência dos acusados, garantido constitucionalmente, não obsta que a execução da pena seja iniciada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A análise do ordenamento jurídico internacional a respeito da extensão do estado de inocência dos acusados no processo penal e da possibilidade de execução provisória da pena permite concluir que o Brasil adota uma posição singular a respeito do tema. Isso porque a previsão do art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, que determina que ninguém será considerado culpado até o

trânsito em julgado da sentença, não parece ter disciplina semelhante em qualquer outra nação, à exceção de Portugal.

Dessa forma, conforme apontado, as cartas de direitos dos demais países costumam, de fato, conter previsões garantido a presunção de inocência dos acusados, sem, contudo, prever que essa presunção deverá estender-se até o trânsito em julgado da sentença condenatória, como fez a constituição brasileira.

Por essa razão, é possível vislumbrar com maior facilidade a interposição de recursos sem efeito suspensivo, pois, considerando que o direito constitucional dessas nações determina, em regra, tão-somente que os indivíduos deverão ser considerados inocentes até que sejam provados culpados, sem mencionar o trânsito em julgado das sentenças, não há qualquer óbice para que o legislador ordinário module com liberdade os efeitos que cada recurso deve produzir.

Reiterando esse entendimento, cabe ressaltar que os tratados internacionais que trazem disposições semelhantes a respeito da extensão do estado de inocência dos acusados tratam a respeito da matéria da mesma forma. Assim, a Convenção Européia dos Direitos do Homem, que corresponde à carta de direitos humanos adotada pelo Conselho da Europa, determina em seu art. 6º, 2, que “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, por sua vez, também assegura a presunção de não culpabilidade sem referência ao trânsito em julgado da sentença, nos termos do seu art. 8º, 2, que dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No mesmo sentido é o art. 11º, 1, da Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas:

Art. 11º

1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada

no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

É notável, portanto, que os ordenamentos jurídicos internacionais, tanto no âmbito interno de cada Estado quanto nos acordos supracionacionais, em regra, não vinculam a presunção de inocência dos acusados ao trânsito em julgado das decisões, como fez a Carta Magna brasileira, de modo que manifestam entendimento que o princípio pode ser assegurado com a garantia da não culpabilidade até a o esgotamento do processo em primeira instância, sendo inaplicável durante a interposição dos recursos.

Esse fenômeno também pode ser observado na doutrina internacional. Assim, o jurista italiano Luigi Ferrajoli, em sua célebre obra *Direito e Razão*, na qual estabelece as bases do garantismo processual penal moderno, ao manifestar-se contra as prisões processuais aduz que os acusados devem ter seu direito à liberdade assegurado durante o trâmite processual, sem, contudo, afirmar que esse direito deveria transpor a primeira instância. Senão vejamos:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7) e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) – postula a presunção de inocência do imputado até a prova contrária decretada pela sentença definitiva de acusação.

[...]

4. Um processo sem prisão preventiva - Portanto, essa contradição nos termos que é a prisão sem sentença definitiva pode, pelo menos até o primeiro grau de jurisdição, ser

suprimida. (FERRAJOLI, 2006, p. 505 e 515 – original sem grifos).

Conclusão

Conclui-se, assim, que a compreensão segundo a qual o princípio do estado de inocência do réu está vinculado ao esgotamento recursal é genuinamente brasileira, justificável, em grande parte, pela forma peculiar como o princípio foi disciplinado em nossa Constituição no art. 5º, LVII, que determina expressamente a não culpabilidade até o trânsito em julgado das sentenças.

É por essa razão que, no direito internacional, é possível que haja execução provisória da pena após o julgamento do processo em primeira instância ou nas instâncias ordinárias, enquanto na nação brasileira a matéria provoca grande divergência, com a doutrina e jurisprudência majoritárias manifestando-se pela impossibilidade da execução antecipada. O que ocorre é que, conforme observado, não há óbice nas cartas de direitos internacionais à execução dos julgados condenatórios antes que sejam apreciados todos os recursos, ao contrário do que ocorre em nosso ordenamento.

Referências

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal; prefácio da 1ª ed. italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRISCHEISEN, L.C.F.; GARCIA, M.N.; GUSMAN, F. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf/view >. Acesso em 06 de agosto de 2019.

DIREITO DO PENAL DO INIMIGO E A MATERIALIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Emerton Lacerda Fonseca, o autor: Advogado e pós-graduado lato sensu em ciências criminais pelo Centro Universitário Campo Real .

RESUMO: Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, baseado em estudos de Gunther Jacobs, o Estado na aplicação da lei penal, com mecanismo de Estado Liberal e Absoluto e lógica-filosóficas, acaba por elencar pessoas a sofrerem tratamento diferenciado no sistema punitivo, sendo estes considerados inimigos. A proteção dos Direitos Fundamentais é um dever do Estado, sem distinção de qualquer natureza. Etiquetar um indivíduo como inimigo e atribuir a ele um Direito distinto dos demais, considerando as funções do direito de cautela e da pena, mostra-se como uma característica do direito penal do inimigo. Em nosso ordenamento jurídico, podemos verificar a presença de tal regramento de exclusão, bem como desrespeito aos direitos fundamentais e tratamento diferenciado do inimigo á existência de prisão temporária e seu endurecimento ainda maior quanto aos crimes hediondos.

Sumário: 1.Introdução. 2.Procedimento metodológicos. 3.Fundamentação teórica. 3.1 O que é o direito penal do inimigo. 3.2 O Inimigo no Processo Penal. 3.2.1 Da prisão temporária e o direito processual do inimigo. 4.Resultado. 5.Considerações finais. 6.Referências bibliográficas.7.Notas

Palavras chave: Direito penal do inimigo, direitos fundamentais, poder punitivo e direito processual do inimigo.

ABSTRACT: According to Eugenio Raul Zaffaroni, based on studies by Gunther Jacobs, the State in the application of criminal law, with a mechanism of Liberal State and Absolute and logical-philosophical, ends up listing people suffering different treatment in the punitive system, being these considered enemies. Protection of Fundamental Rights is a duty of the State, without distinction of any kind. To label an individual as an enemy of the State and to assign to him a distinct Law from the others, considering the functions of the right of caution and the penalty is a characteristic of the criminal law of the enemy. In our legal system, we can verify the

presence of such a rule of exclusion, as well as disrespect to the fundamental rights and differential treatment of the enemy to the existence of temporary arrest and its even greater hardening as to the heinous crimes.

1. **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa analisar o Direito Penal do Inimigo, por meio sua conceituação demonstrando sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, em específico na seara criminal.

A discussão sobre a aplicação do Direito Penal do Inimigo tem sido cada vez mais pertinente, sobre tudo no tempo em que se vive uma polarização enérgica e acirrada sobre os destinatários dos direitos humanos fundamentais, havendo, portando, a necessidade de esclarecimentos sobre o tema abordado nesse trabalho, a fim de esclarecer conceitos e conflitos com Direitos Fundamentais.

2. **PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

O trabalho adotará a metodologia de pesquisa bibliográfica, sendo essa de forma dedutiva a partir da análise das obras relacionadas.

Outrossim, os métodos de procedimento serão, o comparativo no que se refere a ideia de Direito Penal do Inimigo e sistêmico quanto a sua existência e aplicação no ordenamento jurídico.

3. **FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

3.1 O Que é Direito Penal do Inimigo?

Segundo a visão de Eugenio Raúl Zaffaroni, em sua obra de 1940 intitulada O inimigo no Direito Penal^[1], baseada nos estudos acerca da teoria de Gunther Jacobs, tem-se que o poder punitivo sempre visou aquelas pessoas tidas como perigosas, a fim de reduzi-las á uma condição de sub-pessoas ou não-pessoas.

Outrossim, verifica-se que a lei e doutrina judicialmente aplicada com enfoque neste desejo inicial de segregação, encarregam-se de trata-los com diferenciação, numa ação eminentemente de Estado Absoluto, distanciando assim daquele considerado como Estado de Direito.^[2]

Para alcançar o objetivo de segregação do indivíduo, torna-se necessário retirar-lhe a condição mínima de pessoa/cidadão, onde tal medida é prontificada com subjeção do sujeito a condição de objeto, novamente numa aplicação

concessiva do Estado Liberal que se utiliza de mecanismos do Estado Absoluto em claro modo orientador ao Estado de Direito.^[3]

Registre-se também como forma de instrumentalizar o rebaixamento do indivíduo a condição de mero objeto para o direito, a própria intensão de se resolver situações emergenciais de segurança com o endurecimento das normais penais, algo que iniciou com mais dimensão na Europa após a Segunda Guerra Mundial.^[4]

Observe-se que esta forma de tratamento quanto ao indesejado, tem como agravantes a antecipação das barreiras de punição, ou ainda transposição dos próprios atos preparatórios, com total desproporção acerca das consequências jurídicas, utilizando para tal uma fragilização das garantias processuais, bem como efetiva identificação dos destinatários finais da norma, em ofensa desmedida a isenção necessária de um direito penal, que não poderia selecionar um determinado grupo ou pessoas.

Tem-se outrossim que há recorrente desconexão da doutrina penalista com a teoria política que justifica sua aplicabilidade, onde o discurso populista ou popularesco rege-se pela tentativa e busca no despertar de estímulos primitivos e preconceituosos dos indivíduos fora da esfera de opressão, no intuito de promover a reação massiva de aceitação quanto a elevação de determinado sujeito a condição de inimigo^[5], onde essa marcha comina na limitação de direitos fundamentais sem base científica e meramente direcionada ao então ente perigoso^[6], evidenciado uma caminhada de uma sociedade robotizada e sem personalidade, a qual o Estado assiste em silêncio, liquidando a cada dia mais garantes dos quais jamais imagináramos serem merecedores de defesa afincos e constate.

Em continuidade a obcecada contextatualização, como forma justicadora acerca do tratamento desmedido, tem-se que eleva-se a condição de determinada pessoa ao patamar de inimigo declarado, onde não se preocupa mais em demonstrar qual razão assiste na condição de prevenção necessária a este indivíduo, senão por meramente assim o declarar como tal, justificando a aplicabilidade dos mecanismos legais de contenção como na estrita medida da necessidade, com o intuito de evitar ou neutralizar o perigo, não obstante, tem-se

que esta estrita medida não detém limites objetivos, senão manifesta-se infinito pela subjetividade do individualizador^[7] e aplicador de tal mecanismo.

Observe-se que a técnica utilizada e intitulada por *volkish* (ou *popularesca*), trata-se do estímulo público na disseminação do ódio ao inimigo da vez, que numa versão mais *cool*/do século XXI, visando aprimorar a retenção ao terrorismo, ideia nebulosa criada como meio de justificação, legitima a existência de normas penais e processuais autoritárias em todos os países do mundo^[8], onde na América Latina acaba por se manifesta nas medidas prévias do processo, onde a prisão cautelar se subsume a uma condição de previa condenação, visto que apenas um quarto dos casos em que esta medida é aplicada cominam em condenação, a qual normalmente incide sobre os vulneráveis e marginalizados.^[9]

Por fim, tem-se que sequer é possível uma discussão acadêmica rasa, pois todo o fundamento do sistema punitivo do inimigo se funde no medo e na publicidade justificadora de sua existência, onde este não responde a nenhuma ideologia, senão ao extremo oposto, caracterizando-se como vazio de pensamento^[10], mas estritamente ligado a sua pretensão em segregar o inimigo, quem seja ele.

Assim sendo tem-se que o inimigo no direito penal, resume-se a consequência logico-filosófica quanto a definição do medo social, que abarca medidas emergenciais extremas que justificam-se sob o prisma da contenção do medo, tal como desenhado a muitos anos pelo estrangeiro em terras romanas, quanto aos marginalizados em nossa realidade, cominando assim num endurecimento assistido e justificado dos meios penais e processuais do sistema restritivo, longe da condição ressocializante e aproximada das masmorras medievais.

4.
2.

O INIMIGO NO PROCESSO PENAL

A manifestação do direito penal do inimigo, teoricamente pensado, necessita de sua instrumentalização, a qual poderá ocorrer através do procedimento judicial utilizado no Brasil.

De forma silenciosa, tem-se que os conceitos de processo e seus princípios são deixados de lado, na busca pela efetivação do direito de emergência,

quase sempre fundado no medo social criado pelo Estado e sua falta de infraestrutura restaurativa.

Neste contexto, tem-se que a função punitiva do sistema com o nascimento da infração penal (pretensão punitiva) esta presa no alicerce fundamental de que não há crime sem previa lei que o defina, nem pena sem previa lei que a comine, sofre flexibilizações a fim de amoldar-se no contexto do inimigo.

Para Nuccii a visão garantista do processo penal encontra guarida no direito constitucional brasileiro, onde para cumprir os postulados do Estado Democrático de Direito há necessidade de adaptação as principais características dos direitos e garantias fundamentais inseridas na carta magna como mecanismo interpretativo de uma norma procedimental, visto que teve seu surgimento num Decreto Lei em plena ditadura Vargas, o que demonstra sua vinculação muitas vezes desassociada da proteção ao cidadão.^[11]

Neste interim, observe-se que os princípios regentes do sistema processual pautados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF) e do devido processo penal (artigo 5º LIV da CF), que somados a presunção de inocência (artigo 5º LVII), ampla defesa (5º LV da CF), plenitude da defesa (artigo 5º XXXVIII CF), principio do contraditório (artigo 5º LV, CF), formam o sistema processual penal constitucional, que serve ao afastamento do caráter ditatorial do procedimento e de sua descrição, a fim de garantir aos cidadão a concretude do Estado Democrático de Direito.^[12]

Não obstante, toda a principiologia utilizada como instrumento de proporcionalidade na atuação estatal, leia-se jurídica, executiva e legislativa, há casos em que incorrem a observância a tais mecanismos reguladores, como ao exemplo da lei da prisão provisória e seu uso desproporcional como remédio imediato.

Assim, analisemos o enfoque do uso abusivo da referida prisão quando a sua modalidade temporária, como forma de demonstrar a existência de mecanismos do direito penal do inimigo em sede processual e ainda afronta direta aos direitos fundamentais.

3.3.1 Da Prisão Temporária e o Direito Processual do Inimigo

Observe-se inicialmente que a Constituição Federal (artigo 5º, LVII), assegura e garante a presunção de inocência até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, onde os remédios processuais de constrição do cidadão, tal como a prisão temporária, acabam funcionando em confronto com tal sistema garantista, sob o fundamento de mecanismo de exceção para proteção social, materializado numa norma de emergência, onde tal a regra constitucional de liberdade, acabou por virar um sistema materializando sempre na prisão.

Registre-se que somente é possível pensar em prisão pré-processual na condição de mecanismo cautelar, devendo estar presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* ou *libertatis*, como mediadores á serviço do processo penal e não com intuito material visando o crime em específico, sob pena de ilegalidade.

Não obstante, tem-se que a norma reguladora da prisão temporária, ingressou no ordenamento jurídico através da medida provisória n.º 111(14/11/1989) que foi convertida na Lei 7.960 (21/12/1989), com o intuito exclusivo em funcionar como medida legal excepcional e norma de emergência, para combater a suposta criminalidade crescente, ou seja, visando o crime cometido e não condição processual, visto que sua exposição de motivos assim menciona: *o clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos cirminosos, exigem medidas firmes e cedidas, entre elas a da prisão temporária.*

Com a referida leitura dos motivos ensejadores da criação, tem-se que analisa-se o quadro fático da sociedade pelo sujeito e busca-se com uma norma rígida uma suposta contenção dos inimigos da comunidade em clara utilização de norma material com reflexos processuais.

Referida legislação além de transpor a legitimidade do Poder Legislativo, visto que gerada a partir da vontade do Executivo por medida excepcional, leia-se a falta de lei em sentido estrito, acaba por criar mecanismos mais severos no âmbito processual elencando, inclusive delimitando materialmente os inimigos atuais dos cidadão inseridos na sociedade.

Verifica-se que falta na legislação supra mencionada os critérios necessários a uma prisão cautelar, visto que no corpo legal em nenhum de seus artigos ou incisos há determinação que seja averiguado tais condições da fumaça do bom direito ou periculosidade da liberdade, restando ao arbítrio do julgador, ou mesmo da autoridade requisitante promover o encarceramento indiscriminado de pessoas, que podem ser vistas como suspeitas em evidente identificação dos inimigos, não importando sequer a gravidade do suposto crime, pois veja-se que o cárcere pode ser destinado a uma pessoa que não tenha residência fixa ou meios de identificação, como ocorre com os indigentes:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;^[13]

Não obstante a doutrina, mitigando a generalidade da legislação, que permitia a prisão de qualquer pessoa sem o menor indicio de participação lato sensu em um delito, passou a exigir que houvesse no mínimo o *fumus comissi delicti* quanto a leitura da menção “fundadas razões” para aqueles crimes elencados no rol do inciso III e o *periculum libertatis* quanto ao inciso I, no que refere a imprescindibilidade para investigações, ambos do artigo 1º:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

Contudo, o endurecimento da referida legislação como forma de combater o inimigo dos cidadãos, ainda se revela, quando normalmente na fundamentação dos requisitantes da referida constrição de liberdade (promotores e delegados), tem-se a justificação de que somente poderá ser demonstrada a real necessidade da prisão após sua execução, o que se revela como uma prisão para averiguação, própria de sistemas ditatoriais.

Outra identidade acerca do direito processual do inimigo, esta na fato de que a previsão existente no artigo 2º, o qual determina seu prazo de encarceramento em até 5 (dias) prorrogáveis por igual período em caso e extrema e comprovada necessidade, foi majorado quando da edição da Lei dos Crimes Hediondos, o qual abarca quase a totalidade dos crimes descritos na Lei 7.960/89, contudo aumenta o período de cárcere para 30(trinta dias), podendo ser prorrogado por igual período, ou seja, uma nova linha limítrofe entre o cidadão com direitos e os seus inimigos, leia-se em fase pré-processual, com fundamentação muitas vezes rasa pelos solicitantes e magistrados:

§ 4o A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade

Por fim, ainda que transpostos todos os óbices a liberdade, em clara ofensa a presunção de inocência, ainda no final da medida pré-processual poderá haver sua conversão em preventiva, numa manifestação clara da intenção da norma em manter o encarceramento que se iniciou temporário:

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Assim sendo, tem-se que direito penal do inimigo se manifesta também na norma processual, quando analisada sob o manto constitucional, onde se verifica que não há respeito a presunção de inocência, restando esta totalmente mitigada, com a utilização de norma de emergência produzida em clara condição de exceção e fora da proteção dos direitos fundamentais, visto os motivos ensejadores da medida, que ainda restaram agravados por norma acerca da hediondez. Não obstante, mostra-se referida legislação com o intuito exclusivo de transformar algo temporário em preventivo, sem um prazo razoável para sua cessação, que ao final poderá cominar numa sentença absolutória e então reafirmando a necessidade de observância da norma constitucional que contem o

sistema repressivo, sob pena do encarceramento constante de inocentes tidos como inimigos.

4.0 RESULTADO

Através da presente pesquisa acerca do direito penal do inimigo e sua aplicação frente aos Direitos Fundamentais, em específico quando da abordagem no direito processual na prisão temporária, conclui-se que há efetivamente sua aplicação no ordenamento pátrio, face a aplicação antecipada de penalidade a partir de determinado indivíduo (inimigo) frente ao sistema punitivo.

Referida resposta também pode ser obtida quando da motivação acerca da legislação penal afeta, que tem por escopo uma certa precaução imediatista e pretérita quanto aos possíveis delinquentes, sendo tal situação passível de interpretação ainda quando a eleição dos inimigos do Estado, segundo os próprios fundamentos de Raul Eugenio Zaffaroni.

5.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a referida análise bibliográfica e legal, bem com através das verificações acerca da doutrina e suas especificações, foi possível obter a conclusão que o direito penal do inimigo, instituto utilizado para a segregação e restrição aos direitos do cidadão, enquanto analisado pelos enfoques fundamentais constitucionais, realmente é aplicado atualmente no ordenamento jurídico nacional, onde não raras as oportunidades as medidas cautelares como prisão temporária segregam de inaplicabilidade o direito a liberdade, contraditório e devido processo legal, em clara eleição do indivíduo que deverá ser visto como inimigo do sistema.

Por fim, torna-se necessário a dosimetria consciente através do poder judiciário quanto a extensão do referido instituto, sob pena de incriminação e penalização de indivíduos de forma indiscriminada, apenas visando a emergência de um sistema penal punitivo direcionado a determinadas pessoas para a uma suposta e falaciosa paz social de outros, ditos inatingíveis pelo sistema.

6.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1940 – O inimigo no direito penal/E.Raul Zaffaroni. Tradução de Sergio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007; 3ª edição dezembro de 2011 4ª reimpressão, outubro de 2016. 224p.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: Declaração Universal dos Direitos Humanos: Carta das Nações Unidas – Supervisão editorial Jair Lot Vieira – Bauru,SP: EDIPRO, 193

VADE MECUM SARAIVA/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias Rocha – 27 ed. Atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva Educação 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza – Manual de processo penal – 11 ed.rev. e atual – Rio de Janeiro : Forense 2014

Constituição Federal de 1988 – Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

Código Civil – Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>

7.NOTAS:

^[1] Zaffaroni, Eugenio Raúl, 1940 – O inimigo no direito penal/E.Raul Zaffaroni. Tradução de Sergio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007; 3ª edição dezembro de 2011 4ª reimpressão, outubro de 2016. 224p. – (pensamento criminológico; 14

^[2] Idem pag.11

^[3] Idem pag.12 e 13

^[4] Idem pag. 14

^[5] Idem pag.17

^[6] Idem pag.18

^[7] Idem pag.21 a 25

^[8] Idem pag.66

^[9] Idem pag.70 a 75

^[10] Idem pag. 79

^[11] Nucci, Guilherme de Souza – Manual de processo penal – 11 ed.rev. e atual – Rio de Janeiro : Forense 2014

^[12] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

^[13] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm

A HARMONIA DAS PRISÕES CAUTELARES PERANTE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

LUIZ SALES DO NASCIMENTO

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso teve como objetivo primordial abordar o aparente conflito entre o princípio constitucional da presunção inocência e o cabimento da prisão processual em consonância com os ditames constitucionais. Será abordada a importância e relevância que os princípios têm para o direito pátrio, como também, será analisado o instituto da prisão pena e prisão processual, abordando suas principais diferenças e as mudanças que as leis 11.689/2008 e 11.719/2008 trouxeram para as prisões cautelares, ou seja, prisões decretadas pelo juiz ainda na fase processual. Além dessa análise minuciosa sobre esse aparente conflito de normas, será apresentada a história sobre o nascimento desse princípio, os países signatários e tratados internacionais que consagram o estado de inocência das pessoas acusadas de crimes. Ademais, serão analisadas as atuais prisões processuais, quais sejam: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária ante a presunção de inocência, sendo demonstrada a conformidade desses institutos equivocadamente tidos como antagônicos. No que tange ao atual entendimento sobre a presunção de inocência, será apresentado o habeas corpus número 126.292 julgado, em fevereiro do corrente ano, pelo Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki. As críticas e elogios a essa mutação constitucional que alterou o momento que se finda o estado de inocência de um acusado, trazendo os votos dos Ministros contrários e favoráveis a esse novo paradigma. Ao final, serão analisadas as duas ações declaratórias de constitucionalidade de números 43 e 44 promovidas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os quais contestam com veemência a constitucionalidade da decisão tomada pelo STF no julgamento do habeas corpus supracitado. Palavras chaves: Princípio da Presunção de Inocência, prisões cautelares, Direito Processual Penal, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292, ADC 43, ADC 44

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO I. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. CONCEITO DE PRINCÍPIO. 1.1. A INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO. 1.2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1.4. A INFLUÊNCIA TRAZIDA PELO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1.5 .

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO. 1.6 - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO FRANCÊS, PORTUGUÊS E ALEMÃO. 1.6.1. DIREITO FRANCÊS. 1.6.2. DIREITO ALEMÃO. 1.6.3. DIREITO PORTUGUÊS. 2.0 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ANTES E DEPOIS DO JULGAMENTO DO HC 126.292-SP. 2.2 OS REFLEXOS JURÍDICOS DESSA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL. 3. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. 3.1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. CAPÍTULO II. 4. DAS PRISÕES. 4.1 A PRISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988. 4.2 ORIGEM HISTÓRICA DA PRISÃO. 4.3 A LEGITIMIDADE DA PRISÃO. 5. AS PRISÕES CAUTELARES. 5.1 CONCEITO. 5.2 DA PRISÃO EM FLAGRANTE. 5.2.1. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE. 5.2. FLAGRANTE FACULTATIVO E FLAGRANTE OBRIGATÓRIO. 5.2.1 CONCEITO FLAGRANTE FACULTATIVO. 5.2.2 CONCEITO FLAGRANTE OBRIGATÓRIO. 5.2.3 A PRISÃO EM FLAGRANTE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 5.3. PRISÃO PREVENTIVA. 5.3.1 OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA. 5.3.2. PRISÃO PREVENTVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 5.4. PRISÃO TEMPORÁRIA. 5.4.1. PRISÃO TEMPORÁRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CAPÍTULO III. 6. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE (43 E 44). 7. CONCLUSÃO. 8. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar como o ordenamento jurídico brasileiro possui temas aparentemente controversos, porém que convivem em plena conformidade.

Embora a coerência dos institutos da Presunção de Inocência com as prisões cautelares, num primeiro modo, possa parecer paradoxal no sentido de uma norma ir de encontro à outra, na verdade ocorre o oposto, pois elas coexistem de forma harmoniosa no ordenamento brasileiro.

Dessa forma será apresentada uma profunda análise sobre o impacto que os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 acarretam a todo o direito pátrio, tendo destaque nesse estudo as características e

peculiaridades que envolvem o Princípio da Presunção de Inocência, também conhecido como Princípio da não Culpabilidade.

O texto constitucional, no artigo 5º, inciso LVI, dispõe que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Além dessa previsão, devido a importância atribuída a esse princípio, vem consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem no plano internacional da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual foi reiterada pela Declaração Interamericana de Direitos do Homem, no plano da Organização dos Estados Americanos (OEA),

Alguns breves apontamentos cabem destaque sobre as peculiaridades que norteiam esse princípio, de modo que não objetiva, por si só, afirmar de forma preliminar a inocência do acusado, mas sim de admitir a restrição de sua liberdade apenas de forma cautelar, devendo estar evidente quanto à imprescindibilidade da medida excepcional atinente ao cárcere processual.

Além do princípio supracitado será analisado também a evolução histórica, modalidades, cabimento e distinções existentes entre as três modalidades de prisões cautelares, que sofreram mudanças com o advento das leis 11.689/2008 e 11.719/2008, limitando-se este tipo de prisão em três modalidades distintas, sendo atualmente: Prisão em Flagrante, Prisão Preventiva e Prisão Temporária.

Cabe enaltecer que essas prisões, obrigatoriamente, são decretadas nos casos concretos que fique evidenciada a sua extrema necessidade, visto que a regra constitucional que norteia as pessoas é a liberdade de ir e vir.

Oportuno se faz mencionar que essas prisões cautelares são consideradas como a extrema “*ratio*” da “*ultima ratio*”, qual seja, o direito penal.

Essas medidas processuais, em atenção ao seu caráter de urgência e excepcionalidade, possuem as condições específicas para a adoção das

medidas cautelares na esfera penal, sendo elas o "*fumus commissi delicti*" e o "*periculum libertatis*".

Desta feita o binômio da necessidade/fundamentação confere sustentação a essas prisões cautelares, porque embora o direito a liberdade esteja respaldado como garantia constitucional ele, como todos os outros, não são absolutos.

Nesse sentido Alexandre de Moraes defende a validade das prisões cautelares, da seguinte forma:

"A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção jûris tantum de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu status libertatis. Dessa forma, permanecem válidas as prisões temporárias, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado."[1]

Quando o Estado impõe a pessoa uma punição, exercendo com exclusividade o "*jus puniendi*" devido a um desrespeito das normas pré-estabelecidas busca impossibilitar a liberdade do indivíduo para posteriormente reintegrá-lo ao convívio em sociedade.

Todavia para se engendrar um processo é preciso que decorra um razoável tempo para formar a sequência de atos inerentes a ele. Por isso, não é possível que nesse tempo indispensável para elaboração da peça processual ocorra alguma mudança que impossibilite a efetividade da tutela jurisdicional.

Destarte, em recente julgado o Supremo Tribunal Federal apresentou uma profunda mudança na interpretação do dispositivo constitucional da Presunção de Inocência, visto que em razão dos numerosos recursos existentes no sistema processual, muitos acusados permaneciam soltos por possuírem meios financeiros para adimplirem a essas ferramentas processuais, tornando, de modo

evidente, o tratamento desigual conferido aos acusados com maior poder aquisitivo em detrimento aos acusados menos abastados financeiramente.

Anteriormente a Suprema Corte mantinha o entendimento que a presunção de inocência do réu se perpetuava enquanto a decisão condenatória não tivesse transitado em julgado para defesa, ou seja, não mais passível a interposição de qualquer outro recurso.

Pontuamos, de forma introdutória, que a primeira decisão, proferida em fevereiro do presente ano, a respeito desse tema obteve uma contagem de sete votos a quatro.

Os ministros da Suprema Corte decidiram que o réu condenado por um crime seja preso quando essa decisão for confirmada em segunda instância, independentemente do cabimento de eventual recurso aos tribunais superiores.

Nesse julgamento, ministro do STF e relator do processo Teori Zavascki explanou seu entendimento no seguinte sentido:

"As turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta".

Nesse novo entendimento proferido pelo Supremo, acaba por retirar o obstáculo imposto pela legislação brasileira, conferindo aos Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunais Regionais Federais a possibilidade para executarem uma condenação por eles julgada, independentemente dos recursos aos Tribunais Superiores, ensejando no cerceamento da impunidade gerada pelo excessivo números de recursos que muitas vezes protelavam o processo até desaguar na prescrição do crime.

Indubitavelmente, ocorre uma reviravolta imensa no processo penal em decorrência da mutação constitucional referente à interpretação do princípio em análise.

Percebe-se, no ordenamento pátrio, que o Poder Judiciário além de exercer sua função típica de técnica, passa a preencher, também, a função de guardião dos direitos da sociedade, sendo legitimada pela democracia.

Ocorre desta forma o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, que nada mais é que um ativismo judicial, ou seja, uma nova visão ligada ao resgate dos valores dos princípios fundamentais.

Assim fica demonstrada uma nova interpretação das leis infraconstitucionais, concernente à constitucionalidade de tais normas, servindo de filtro para vários ramos do Direito.

Neste entendimento, corroborando com a decisão da Suprema Corte, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso, atribui ao neoconstitucionalismo:

"a redescoberta dos princípios jurídicos, a expansão da jurisdição constitucional com atenção ao surgimento de tribunais constitucionais e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional."[2]

Desse modo, o presente trabalho justifica-se pela necessidade da discussão mais aprofundada sobre a harmonia aparentemente conflituosa entre as prisões cautelares e o Princípio da Presunção de Inocência, além de mostrar o posicionamento de alguns doutrinadores consagrados a respeito da decisão proferida, em 17 de fevereiro de 2016, pelo Superior Tribunal Federal que alterou o entendimento consolidado de forma pacífica no que tange ao momento que se finda o estado de inocência do acusado, permitindo-se a execução provisória da pena sem afrontar os ditames constitucionais.

Além da análise desse julgamento, serão apresentadas as duas ações declaratórias de constitucionalidade, de números 43 e 44, propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que contestam a constitucionalidade da decisão proferida pela Suprema Corte.

A fim de que seja possível a exposição do tema supracitado, o meio utilizado para o desenvolvimento do trabalho será o procedimento analítico de decomposição do problema jurídico em toda a sua atmosfera, utilizando para esse intento a consulta em doutrinas, jurisprudências, leis, julgamentos atuais e, por fim, a análise sobre essa alteração do momento que termina o estado de inocência de uma pessoa acusada de crime.

CAPÍTULO I

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1. Conceito de Princípio

Importante se faz mencionar, de modo ainda preliminar, que as diversas transformações sociais influem de modo substancial no conceito conferido aos princípios presentes no ordenamento brasileiro.

Atualmente o conceito referente a princípio não encontra definição jurídica única, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois em razão do dinamismo inerente aos fatos sociais acabam por ocasionar mudanças na realidade normativa do ordenamento jurídico, criando uma enorme gama de significados que não permitiram que se consubstanciasse esse conceito em um único paradigma.

Salienta-se que os princípios podem ser elencados como a base estrutural, ou seja, a razão primordial para a discussão de várias matérias a fim de dar sentido e fundamentando ao Direito.

Por isso, através da incansável busca em satisfazer os anseios sociais, tornou-se imprescindível à admissão dos princípios jurídicos, visto que eles trazem o efeito ampliativo sobre a capacidade de resposta do direito pátrio, com fulcro de aperfeiçoar o ordenamento às necessidades das pessoas, já que as outras normas não se demonstram aptas para exercer com excelência sua função reguladora.

Haja vista que as leis são formuladas em termos gerais ou abstratos, e que perante o caso concreto emerge a necessidade de sair dessa abstração patente, deve-se verificar qual norma será aplicada ao caso em questão, já que é preciso ser adotada a medida mais satisfatória em virtude da construção e aplicação das outras normas jurídicas, pois o princípio é uma autêntica norma jurídica devido a sua positividade e força vinculante na solução de casos concretos.

Por dedução lógica, podemos afirmar que os princípios são as ideias que dão sustentação e fundamentam o Direito, dando a perfeita coerência e apoio à justiça.

Nesse sentido sobre a interpretação da norma escrita o Ministro Luiz Roberto Barroso assim entendeu:

"A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa" [3] . (grifo acrescentado)

Por isso é preciso enaltecer que além dessa função de orientação, os princípios engendram um limite ao Estado-Juiz, ou seja, conferem garantia referente à decisão tomada, permitindo a análise e aferição se o entendimento firmado estava ou não em desacordo com o que preza o direito brasileiro.

Cabe preconizar a posição adotada por doutrinadores brasileiros, como Miguel Reale que definiu os princípios como:

“certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber” [4]

Do mesmo modo Celso Antônio Bandeira de Mello assim emitiu seu conceito acerca dos princípios:

“Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” [5]

Desta feita, os princípios têm status de cultura jurídica humana no cotidiano, tendo validade positiva conferida a eles, com caráter de generalidade, não se reportando a um fato específico.

Cabe aos princípios o dever de indicar a forma que mais favorece determinados valores que essa sociedade compartilha.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirmou:

“Os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto que as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados, pesados conforme seu peso e seu valor em relação a outros princípios. Já as regras, se têm validade, devem ser cumpridas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, devem ser alteradas. Isso demonstra que a convivência dos princípios é conflitual – coexistem –, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se” [6].

1.1 A Influência dos Princípios no Direito Brasileiro

Em razão da inestimável importância conferida aos princípios, é possível vislumbrar que a intenção do legislador nesse quesito foi conferir força de lei, sendo consideradas normas-princípios, engendrando a base organizacional do texto constitucional.

Cabe pontuar sobre a importância dada aos princípios no Direito Brasileiro, ao prever no artigo 4º da Lei de Introdução das Normas do Direito brasileiro que:

“Artigo 4º, LINDB: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (Grifo nosso)

Os princípios previstos na Constituição Federal de 1988 contêm os valores fundamentais de um sistema jurídico, regulando todo o ordenamento pátrio e não apenas situações específicas trazidas no cotidiano, conforme anteriormente explicado.

Percebe-se, assim, que princípio confere segurança jurídica, à medida que asseguram condutas que se adéquam à justiça, proporcionando numa maior facilidade nas resoluções de casos não apreciados em normas escritas, mas que tenham notoriedade jurídica.

Conforme já explanado, por serem consideradas normas-princípios, estão localizadas num plano superior em relação às demais normas, ou seja, a importância dada é tamanha que os princípios constitucionais são hierarquicamente superiores às demais normas dispostas no sistema jurídico pátrio.

Não é possível, nem sequer aceitável, reduzir a importância conferida aos princípios gerais do direito, no sentido de conferir a eles unicamente a função de orientação ao juiz, quando ele profere a sua decisão.

Portanto pode-se afirmar, com total tranquilidade, que os princípios exercem o papel de condicionar a compreensão da lei, seja para a elaboração ou aplicação das normas.

Nesse sentido ensina Luiz Flávio Gomes:

“Nenhum ramo do direito pode na atualidade ser estudado sem auxílio dos princípios. A base principiológica é da essência do direito moderno (ou pós-moderno). Nenhum instituto jurídico existe isoladamente. O ordenamento jurídico

é composto de muitas fontes. Dentre elas estão os princípios, que vão se conciliando em cada situação concreta”[7]

1.2 CONCEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Antes de trazer o conceito sobre o Princípio da Presunção de Inocência é preciso ter a compreensão conglobante da palavra “presunção”. No latim “*praesumptio*” que se traduz pela “noção nata”, ou seja, existem indícios, hipóteses ou aparências, as quais serão consideradas verdadeiras até que se prove o contrário.

Referente a esse estudo, o que nos interessa é a análise minuciosa da presunção de inocência. Trata-se de uma “presunção-conceito”, objetivando salvaguardar os direitos e garantias da pessoa acusada, a qual possui em seu desfavor um procedimento criminal em trâmite.

Por isso, propício se faz exaltar, o princípio constante no texto constitucional que atua conjuntamente com outras garantias fundamentais, qual seja, o Princípio da Presunção de Inocência, ora tema de estudo e análise do presente trabalho.

O princípio em comento trata-se de uma norma garantia, conferindo ao acusado pela prática de crime um julgamento realizado de maneira justa, impondo-se o respeito aos mandamentos condizentes a um Estado Democrático de Direito.

Logo, por inferência, é possível afirmar, com absoluta certeza, que por força desse princípio a regra que impera em nosso ordenamento jurídico baseia-se no “*status libertatis*”, ou seja, na condição de liberdade, devendo ser tratado de forma excepcional as condutas que podem dar ensejo ao cárcere cautelar.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Carta Magna da Inglaterra, do ano de 1225, assinada pelo rei João Sem Terra, foi um documento que se perfazia basicamente em um acordo de paz entre o rei e seus barões.

Neste documento o rei firmava o compromisso de garantir o respeito aos direitos e privilégios feudais, dando sustento à liberdade da Igreja,

devendo preservar as leis do país de forma a permitir o desenvolvimento e fortalecimento da democracia na Inglaterra.

No artigo 29 deste documento, foi previsto que nenhum homem livre poderia ser preso, encarcerado, privado de sua liberdade, de seus costumes, posto fora da lei, expatriado ou de qualquer modo destruído, escravizado ou dominado, senão segundo o juízo legal de seus pares ou pela "Lei da Terra", que em momento posterior foi compreendida como o desdobramento do devido processo legal.

Essas ideias trazidas pelos ingleses influenciaram os pensamentos Iluministas, cabendo aos franceses estabelecer o sentido atribuído à presunção de inocência no transcorrer do processo ao declarar o estado natural de liberdade do acusado, proibindo assim, qualquer distinção de tratamento entre culpados e inocentes antes da condenação definitiva.

Ainda como fator histórico relevante, essa ideias trazidas pelos ingleses foram utilizadas nos Estados Unidos, quando repetiu esse dispositivo na Constituição de Massachussets de 1780.

Tamanho importância atribuída a esta princípio, desaguou na inserção dele de forma expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Por essas razões fica evidente que o conceito de presunção de inocência consiste na garantia de liberdade conferida às pessoas contra atos arbitrários praticados historicamente pelos Estados Autoritários.

Na obra "*Dos delitos e das Penas*" escrita por Cesare Beccaria dispõe que:

"um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada" [8].

1.4 A INFLUÊNCIA TRAZIDA PELO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com a evolução das sociedades o enfoque dado ao acusado mudou, ocorrendo uma transposição do seu posicionamento na persecução criminal,

deixando de ser considerado objeto da ação penal e passando a ser compreendido como sujeito de direitos, conferindo a ele a garantia de liberdade no processo penal.

Embora a grafia seja parecida, não é possível confundir os conceitos atrelados a “presunção de inocência” com “estado de inocência”, visto que o primeiro almeja garantir que somente através de sentença condenatória transitada em julgado será o fato gerador para alterar este estado, enquanto a segundo garante a manutenção deste estado enquanto não existir essa sentença condenatória.

Não obstante, é preciso mencionar os dois sentidos em que a presunção de inocência pode ser compreendida, qual sejam: um relacionado à prova e outro relacionado com o direito inerente ao acusado.

Sobre a prova, significa dizer que existe a imprescindibilidade de prova inequívoca da materialidade e da autoria da infração penal.

Logo será garantida a liberdade, sendo esta restringida a partir do momento em que se encontram provas que coadunam com a verdade sobre a consumação delitiva e sua autoria.

Contudo, no que se refere ao direito do acusado, existe a imposição no tocante à preservação da liberdade desse acusado durante o transcorrer do processo, buscando ter a confirmação da hipótese concreta que autoriza determinada punição.

1.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O texto Constitucional positivou no seu artigo 5º o Princípio da Presunção de Inocência em seu rol de direitos e garantias fundamentais, que descreve:

“Art. 5. 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 (EC nº 45/2004).”

“LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”:(grifamos).

Como o Princípio da Presunção de Inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito, encontra-se dentro do artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais conferidas às pessoas, e por isso goza de eficácia e aplicação imediata.

Trata-se de um princípio manifestado de forma implícita na norma jurídica pátria, já que se mostra salutar mencionar que a Constituição Federal de 1988 não assevera a inocência do acusado.

Todavia visa atestar o fato do acusado não ser, necessariamente, considerado culpado pela prática do fato que lhe é imputado, uma vez que não se sabe se o acusado ao final do processo será declarado inocente ou culpado.

Portanto nos deparamos com a ligação do Princípio da Presunção de Inocência e o "indubio pro reo", no sentido de que o processo ao tramitar em desfavor do acusado deve, indubitavelmente, demonstrar ter prova da materialidade ou indícios suficientes em relação à autoria, pois na carência desses requisitos não resta outra opção ao Magistrado a não ser decidir em favor desse acusado, declarando a inocência dele.

Conforme ensina Gomes Filho:

"o princípio da presunção de inocência vem relacionado, portanto, ao direito à tutela jurisdicional, assegurando-se ao acusado que a demonstração da culpabilidade seja feita através de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa"[9].

No mesmo sentido Tourinho Filho proclama que:

"enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela"[10]

Diante disso é possível afirmar que a presunção de inocência é um dos princípios mais relevantes e enigmáticos institutos do nosso ordenamento jurídico,

estando presente em diversos países através de suas leis, as quais dispõem sobre o momento que termina a não culpabilidade de alguém, sendo esse tema recorrentemente discutido na doutrina, tendo grande notoriedade no ano de 2016 em virtude das discussões acaloradas ocorridas no Superior Tribunal Federal.

1.6 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO FRANCÊS, PORTUGUÊS E ALEMÃO.

1.6.1. Direito Francês

No ano de 1993, o Princípio da Presunção de Inocência teve sua inserção no Código Civil Francês, previsto no artigo 9º, sendo ligado ao respeito à vida privada, inseparáveis dos direitos de personalidade.

Visando resgatar a confiança da população francesa no sistema Judiciário, foi preciso elaborar uma lei que objetivava reforçar o Código de Processo Penal, trazendo uma maior proteção a este princípio, como também, os direitos a ele relacionados.

Na referida lei, a presunção de inocência é entendida como indispensável e imprescindível ao processo penal, pois é preciso sempre trazer a verdade dos fatos, e por isso, sua garantia deve ser conferida em todas as etapas do processo até o julgamento.

Buscando sempre tutelar a liberdade individual, os direitos inerentes à defesa como o contraditório e proporcionalidade das medidas punitivas em relação à gravidade do delito praticado, demonstram serem imposições que decorrem da presunção de inocência.

No mais, o Código Processual Penal Francês trouxe uma modificação referente à condução do processo criminal buscando assegurar a liberdade frente às perseguições abusivas realizadas pelo Estado.

Geórgia Porfírio esclarece:

"No novo Código, o inquérito continua secreto, inclusive para o arguido e seu advogado; reforça-se a autonomia do ministério público e deixa-se ao juiz a função de garantir juridicamente direitos aos cidadãos. Não se incorporou à sistemática

processual qualquer remédio efetivo contra erros e abusos de poder, razão pela qual essa função específica do Poder Judiciário é mitigada"[11].

1.6.2. Direito Alemão

Em análise a Lei Fundamental da Alemanha, nota-se a previsão de direitos fundamentais com força de lei, sendo aplicados diretamente aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Contudo a presunção de inocência, não está prevista nessa Lei Fundamental, cabendo sua previsão ser realizada pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 6º, sendo aplicado ao direito interno alemão, já que essa *"convenção goza de status hierárquico superior ao das leis ordinárias"[12].*

Oportuno se faz mencionar que essa Convenção Europeia objetivou trazer a garantia do Princípio da Presunção de Inocência, sendo derivação dele o "in dubio pro reo".

No direito alemão a presunção da inocência é colocada como verdadeira presunção de não culpabilidade, por isso não subsiste punição sem a necessária e imprescindível verificação da culpa do acusado, limitando assim qualquer tipo de ato arbitrário praticado pelo Estado.

1.6.3. Direito português

No direito português só haverá a privação da liberdade do acusado após a sentença penal ser proferida de forma que não suporte mais recursos.

Conforme leciona Geórgia Porfírio, no direito português:

"As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem ter caráter geral e abstrato. Não podem ter efeito retroativo e devem deixar intocado o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais"[13].

Ainda analisando o direito português, a presunção de inocência vem de modo expresso em sua Constituição, conforme artigo 32, valendo a pena transcrição:

"Art. 32: Todo o acusado se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa." [14]

Em Portugal, do mesmo modo que na Alemanha, a presunção de inocência tem ligação íntima com o "*in dubio pro reo*", visto que se relaciona com as provas colhidas quando não se demonstrarem satisfatórias ensejarão na libertação do acusado.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Suprema Corte é o órgão máximo do Poder Judiciário pátrio, sendo ele competente, de modo precípua, a guarda da Constituição Federal, conforme previsão do artigo 102 do consagrado texto constitucional.

Destarte, tem sua composição feita por onze Ministros, devendo, obrigatoriamente, serem brasileiros natos, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nos termos do artigo 101 da CF/88, devendo ser nomeados pelo Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal que irá avaliar se o candidato tem experiência jurídica, além de não comportar nenhum processo em seu desfavor ou denúncias graves a seu respeito.

Ademais, dentre as suas principais atribuições traduz-se no julgamento das ações que sejam importantes para todo o país, como a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição, extradição solicitada por Estado estrangeiro, assim como, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Tem a competência exclusiva para julgar, quando praticada uma infração penal comum, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os parlamentares, além de seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, dentre outros.

2.1 A Presunção de Inocência antes e depois do julgamento do HC 126.292-SP

A Suprema Corte, em seus julgamentos realizados no ano de 2009, firmava o entendimento no sentido de que a execução da pena estava intimamente relacionada ao trânsito em julgado da condenação, devendo perdurar o estado de inocência do acusado até o trânsito da questão, além da proibição de executar a prisão do acusado enquanto passível a interposição de recursos para a defesa.

Todavia esse entendimento mudou, sendo estabelecido em recente julgado do HC 126.292, que versava sobre o ajudante geral, ora réu, de nome Márcio Rodrigues Dantas, paciente do habeas corpus em análise, o qual foi denunciado em concurso de agentes com o outro réu, de nome Antônio Sérgio da Silva Lopes, sendo imputado contra eles o crime roubo majorado, conforme previsão do artigo 157, §2º, I e II, do Código Penal.

Nesse caso o paciente do remédio constitucional impetrado sofreu condenação de 5 anos e 4 meses de pena privativa de liberdade, com regime inicial fechado. Na mesma sentença o comparsa Antônio sofreu pena de 6 anos e 8 meses de reclusão no mesmo regime prisional.

O Ministério Público não ofereceu recurso de apelação desaguando no trânsito em julgado para a acusação. Contudo, coube a defesa dos réus interpor recurso de apelação desta decisão no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nessa decisão do Tribunal "ad quem" ao julgar o recurso de Márcio, decidiu pelo desprovimento do recurso, e, ainda, o relator determinou a expedição de mandado de prisão para o Recorrente.

A defesa inconformada com a decisão impetrou novo habeas corpus perante o STJ. Desta feita, o Ministro Francisco Falcão, ao julgar a liminar desse "*habeas corpus*", asseverou que no caso em apreço deveria a defesa ter se valido de recurso para combater a decisão denegatória da ordem e não de ação autônoma, e por isso, absteve-se de decidir a questão.

Em decorrência dessa decisão supracitada, deu ensejo ao pedido de *Habeas Corpus* nº 126.292 (SP) perante o Supremo Tribunal Federal, ficando a incumbência de ser o relator desse processo o Ministro Teori Zavascki.

Ao analisar o pedido de liminar formulado pela defesa do acusado, o Ministro relator decidiu pelo deferimento da liminar ocasionando a suspensão da prisão imposta ao réu, ora paciente, Márcio Dantas.

Contudo, no julgamento definitivo desse "*habeas corpus*", essa liminar acabou por ser revogada pelo mesmo relator que a concedeu.

Nessa decisão o relator alterou sua decisão proferida em sede de liminar, culminando na denegação da ordem de *habeas corpus*.

Com o placar de sete a quatro esse novo entendimento foi consolidado no STF, cabendo ao relator Teori Zavascki denegar a ordem de "*habeas corpus*", revogando a liminar antes concedida por ele próprio, declarando no seu voto que:

*"Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, com a consequente revogação da liminar concedida. É o voto." [15] (grifamos)*

Nesta sessão plenária, realizada em 17 de fevereiro de 2016 o Ministério Público Federal foi representado pelo Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.

Essa alteração interpretativa do texto constitucional atinente à manutenção da sentença penal na segunda instância culminaria no encerramento da análise dos fatos e provas, ficando caracterizada a culpa do condenado, autorizando, assim, o início da execução de pena em caráter provisório.

Discordando e tornando-se voto vencido, o Ministro Celso de Mello ao se pronunciar sobre a questão trazida para a apreciação da Suprema Corte enfatizou que:

"(...) o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições. A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII ("ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência. Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível. Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático".

Ficaram vencidos os Ministros: Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte.

No voto deles reafirmaram a intenção pela manutenção da jurisprudência do Tribunal, a qual exigia o trânsito em julgado para cumprimento de pena.

Em contrapartida, seguindo o entendimento firmado pelo relator os respectivos Ministros: Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Pontuou, ainda, o Ministro vencido Marco Aurélio, contrariando também o voto do relator, dizendo que *"essa mudança representa uma flexibilização, sem precedentes, das liberdades fundamentais. Não se avançando culturalmente fechando a Lei das leis da República, que é a Constituição Federal"*.

Essa mudança de entendimento, chamada de mutação constitucional, coaduna com o desejo da sociedade que clama por justiça, devendo todos os corruptos serem caçados, não podendo valer-se de recursos infundáveis para a intenção de postergar o cárcere, permitindo que o judiciário apresente uma resposta mais célere à questão trazida para sua apreciação.

Com efeito, Rui Barbosa, o paladino do direito, assim discorreu: *"Justiça tardia nada mais é que a injustiça institucionalizada"*.

Logo, a partir da confirmação da condenação pelos Tribunais poderá ser decretado o cárcere cautelar do acusado.

Essa decisão gerou grande repercussão na seara jurídica, gerando vários elogios de juízes e promotores e ferrenhas críticas dos defensores.

2.2 Os Reflexos Jurídicos Dessa Mutação Constitucional

Primeiramente é preciso explicar que mutação constitucional nada mais é que um mecanismo informal do poder reformador, o qual se sustenta por intermédio dos anseios sociais em razão do grande dinamismo presente em nossa sociedade, objetivando assim que o texto constitucional não se torne inócuo.

Essa mutação, via de regra, ocorre na Suprema Corte, cabendo a esta analisar uma lei já preexistente, sem alterar o conteúdo gramatical, devendo esta alteração ser balizada com as necessidades da sociedade, de forma a alterar o sentido dado a essa norma, ou seja, mudar a interpretação jurídica dada a determinado artigo constitucional.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o H.C 126.292 utilizou essa técnica interpretativa para o texto constitucional, pois sem alterá-lo gramaticalmente trouxe um novo sentido à norma, atendendo aos pedidos da sociedade que clama por mais celeridade no julgamento dos acusados de crimes.

Pudemos, lamentavelmente, notar que muitos processos em trâmite nos Tribunais Superiores que figuravam como acusados pessoas com um grande poder aquisitivo utilizavam de inúmeros recursos, por vezes de caráter eminentemente protelatório, a fim de perpetuar o transcurso do processo criminal para que ocorresse o fenômeno da prescrição, e automaticamente, declarada extinta a punibilidade do crime.

Essa artimanha processual, por vezes, foi a chave da impunidade para muitos acusados de crimes, mas essa recente mutação constitucional sobre o tema apresenta-se como inibidora dessas manobras fraudulentas que visavam evitar a prisão, assim como, diminuir o sentimento de impunidade que afoga a sociedade.

Sobre a importância do tema mutação constitucional o Ministro Luiz Roberto Barroso assim ensinou que:

"A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente. (...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. (...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em

favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro”[16]

3. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizada na cidade de São José da Costa Rica, entrou em vigor na data de 18 de julho de 1978 e retificada no Brasil em 25 de setembro de 1992.

Esse acordo ficou conhecido mundialmente como “Pacto de São José da Costa Rica” foi firmado entre países-membros da OEA (Organização dos Estados Americanos) sendo considerado pela maioria da doutrina como uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

Nesse pacto foram estabelecidos vários direitos fundamentais atinentes a condição de pessoa humana, relativo aos direitos à educação, liberdade, vida, dignidade, entre outros direitos civis e políticos.

Além disso, a Convenção também estipulou as condutas proibidas como a escravidão, liberdade de associação, proteção da família, obstrução à liberdade de crença, de pensamento e expressão.

Com a consagração dessa Convenção Interamericana de Direitos Humanos acabou por influenciar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual foi retificada buscando estipular direitos, além de conferir condições mínimas para as pessoas poderem gozar dos seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

3.1 O Princípio da Presunção de Inocência no Pacto de São José da Costa Rica

Com previsão expressa no artigo 8º, nº2, desta Convenção que diz:

“Toda pessoa acusada de um delito tem direito que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

Percebe-se que o texto do Pacto equipara-se ao consagrado Princípio da Presunção de inocência previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII.

No que tange a este princípio, na obra "O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica" escrito pelos autores J.S.Fagundes Cunha e José Baluta, os quais discorreram que:

"Apesar de num primeiro momento, excogitarem-se interpretações equivocadas quanto ao alcance dos postulados do princípio – entendendo-se que se tratava de um aforisma com força de afastar qualquer limitação provisória da liberdade dos acusados, até que a presunção de sua inocência fosse destruída por uma sentença que reconhecesse a culpabilidade – um grupo de juristas da Comunidade Econômica Européia conclui recentemente, que na verdade, o princípio constitucional não veio com a finalidade de impedir a prisão antecipada, mas sim, para reforçar-lhe o disciplinamento de sua decretação: perigo à atividade processual, aos fins buscados pelo processo e à tutela social"[17].

Logo é possível inferir que mesmo havendo condenação da pessoa que era investigada, em razão do Pacto, ficam garantidos todos os direitos fundamentais que não foram atingidos pela decretação do cárcere, impondo-se direitos inatacáveis, devendo, obrigatoriamente, serem respeitados pelos agentes do Estado.

Nota-se que o legislador pátrio ao incluir esse princípio da não culpabilidade transformando-o em garantia fundamental teve por intento inverter o status de culpabilidade que era conferido aos investigados antes da Constituição

Portanto a regra que vigora em nosso sistema jurídico criminal consiste na vedação à prisão cautelar que não seja revestida em uma justa fundamentação, ou seja, não significa dizer que o princípio em tela seja incompatível com as prisões processuais, e sim afirmar, com tranquilidade, que as prisões cautelares não têm caráter de condenação, sendo perfeitamente admitida nas hipóteses

taxativamente previstas em lei e devendo essa medida tida como excepcional ser devidamente fundamentada pela Autoridade competente.

CAPÍTULO II

4. DAS PRISÕES

4.1 A Prisão na Constituição Federal 1988

A prisão pode ser conceituada como a restrição à liberdade constitucionalmente assegurada de ir e vir conferida a todas as pessoas. Para esse ato ter validade é imprescindível à expedição de uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente ou pode advir de casos de flagrante delito.

Com previsão expressa no artigo 5º, inciso LXI, que dispõe: *"ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar descrito em lei"*

Nota-se que o texto constitucional apresenta a regra que deve vigorar no Brasil, qual seja, que a prisão para subsistir deverá ter ordem escrita e fundamentada de um juiz de direito ou advir de flagrante delito.

Nucci conceitua o instituto da prisão como sendo:

"é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere"[18]

4.2 Origem histórica da prisão

A partir da análise da história da pena de privação da liberdade percebemos que o instituto da prisão tem início na antiguidade tendo a prisão na sua origem caráter de custódia do réu preservando-o *"fisicamente até o momento de serem julgados ou executados"*[19]

Em outro giro, nos ilustres ensinamentos de Cesare de Beccaria, sustentando que:

"a prisão teve sua origem à época em que os primeiros seres humanos viviam em estado selvagem. Com o crescimento da população novas necessidades surgiam, fazendo com que forçadamente os indivíduos se agrupassem. Logo foram surgindo outras sociedades que se formaram para "resistir" às outras, aparecendo novos bandos que conflitavam entre si"[20].

No Brasil, de acordo com o professor Plínio de Oliveira Côrrea, a prisão teve sua legitimidade a partir do Decreto de 23 de maio de 1821.

Nessa época Dom Pedro I sofrendo influência de outros povos, instituiu o direito individual à liberdade, consagrando a autoridade judiciária como única legitimada a decretar prisão:

"Que desde a sua data em diante (23 de maio de 1821) nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito" (Decreto brasileiro de 23 de maio de 1821)"[21].

Percebe-se que desde o surgimento até a Constituição Federal de 1988 o instituto da prisão tem grande relevância no mundo jurídico, visto que a regra que vigora até hoje consiste no direito de liberdade individual conferida às pessoas, pois mesmo em períodos conturbados da história brasileira os moldes que validam o cárcere resistiram, tornando-se fundamental para o Estado Democrático de Direito.

4.3 A legitimidade da prisão

Em razão da exigência constitucional que impõe a obrigação que a prisão seja fiscalizada por um juiz de direito, conforme artigo 5º, inciso LXV, que diz:

"a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária"

Nucci ensina que:

"não se pode olvidar que mesmo a prisão decretada por magistrado fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização de instrumentos cabíveis, entre eles o habeas corpus: "conceder-se-á habeas corpus sempre que

alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (artigo 5, LXVIII, CF)[22].

No Brasil as prisões podem ser divididas em: prisão penal e prisão processual.

No que tange a prisão penal tratar-se de um instrumento coercitivo do Estado, gerado por uma sentença penal transitada em julgado.

Por outro lado, a prisão processual são instrumentos cautelares conferidos ao juiz com fulcro de dar perfeito andamento para a fase investigativa ou processual que está sendo desenvolvida.

Por isso se depreende do instituto da prisão como sendo uma das formas de punição conferida ao Estado em face das pessoas que desrespeitaram as normas preestabelecidas em sociedade, tornando legítimo privar a pessoa de sua liberdade para em momento posterior reintegrá-la ao convívio social.

5. AS PRISÕES CAUTELARES

5.1 Conceito de prisão cautelar

Em um primeiro modo é preciso traçar a diferença entre processo e procedimento.

O primeiro refere-se ao caminho que será percorrido pela a ação penal para se obter a prestação jurisdicional, ou seja, o caminho formado por atos processuais que ensejarão em uma sentença.

Em outro giro, o segundo traduz-se pela sequência que os atos processuais serão ordenados com fulcro de atingir a finalidade almejada.

Desta feita, é possível notar que o processo prescinde de determinado desenvolvimento temporal, já que em seu bojo sustenta a formação de uma sequência de atos previamente dispostos no ordenamento jurídico pátrio.

Em razão desse tempo exigido para sua formação, o processo pode sofrer sérios prejuízos no momento da prolação da decisão definitiva, visto que esse lapso temporal resulta, muitas vezes, na mudança do mundo fático que torna ineficaz a reprimenda penal.

Vislumbrando esse risco para a segurança jurídica foi criado o instituto da cautelaridade processual, que nada mais é que uma técnica jurídica que objetiva diminuir ou inibir os riscos inerentes ao período necessário para o desenvolvimento dos atos do processo criminal.

Nucci conceitua medida cautelar da seguinte forma:

“trata-se de um instrumento restritivo da liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso” [23].

Baseando-se no dinamismo social, surgem necessidades urgentes para que se efetive a tutela jurisdicional de modo mais célere, e com isso acaba surgindo certo risco para a conclusão do processo, podendo, de forma excepcional, ser decretado o cárcere cautelar do acusado.

Esse caráter cautelar pode incidir tanto sobre a pessoa acusada, como também, sobre objetos materiais como nos casos de busca e apreensão, arresto, hipoteca legal ou ainda pode servir como meio de produção probatória antecipada.

Em respeito ao texto Constitucional que consagra vários direitos fundamentais dentre eles o direito a liberdade, para uma pessoa sofrer cautelarmente o cárcere é preciso que a lei estabeleça claramente e previamente os limites conferidos à Autoridade Judiciária, para que essa medida não perca o caráter de excepcionalidade conferido intencionalmente pelo legislador.

Decretada a prisão cautelar de um suspeito estabelece a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) em seu artigo 84, “caput”, que o preso provisório obrigatoriamente deve ficar separado dos demais detentos que já possuem sentença penal transitada em julgado, já que a sua culpa não fora comprovada materialmente, *“in verbis”*:

“LEP - Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984

Institui a Lei de Execução Penal.

Art. 84: *O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.*”

No sistema pátrio possuímos dois modelos de prisão, sendo a prisão penal que é o resultado final de um processo criminal que transitou em julgado e a prisão processual, eminentemente cautelar buscando assegurar e evitar possíveis riscos a aplicação do direito, seja na fase investigativa ou processual.

Até meados do ano de 2008 existiam 5 prisões cautelares previstas no Código de Processo Penal. Todavia com o advento da Lei 11.689/2008 e 11.719/08 não mais existem no ordenamento as prisões decorrente de pronúncia (artigo 408 parágrafo 1º) e a decorrente de sentença recorrível.

Após essa reforma, conforme anteriormente explicado, subsistiram três prisões cautelares admitidas no ordenamento jurídico, sendo elas: Prisão em Flagrante, Prisão Preventiva e Prisão Temporária.

Essas medidas são consideradas como a extrema “*ratio*” da “*ultima ratio*”, ficando o juiz adstrito aos requisitos legais e estando obrigado a fundamentá-las para decretar, nos termos da exigência constitucional prevista no artigo 93, inciso X, senão vejamos:

“Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:*

IX *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, efundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”* (grifamos)

5.2 Da Prisão em Flagrante

A palavra flagrante deriva do latim “flagare”, significando queimar ou arder. Logo quando dissemos que se efetuou uma prisão em flagrante delito significa que o crime ainda queima, ou seja, ou crime esta acontecendo ou acabou de acontecer.

Para Nucci o conceito atribuído à prisão em flagrante consiste em:

"flagrante significa o manifesto ou evidente, é o ato que se pode observar no exato momento de sua ocorrência. Nesse sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção)"[24].

Essa modalidade de cárcere cautelar é a única que poderá ser decretada por Delegado de Polícia, sendo cabível tanto para crimes ou contravenções penais.

Com isso, nota-se, que essa prisão possui caráter administrativo, visto que a própria autoridade de polícia judiciária também tem a competência para concretizar esse ato.

Entretanto essa competência para a decretação desse cárcere não se limita ao Delegado de Polícia, pois essa prisão além do caráter administrativo acima citado possui também aspecto cautelar já que o juiz de direito ao tomar conhecimento desse ato irá decidir sobre a manutenção ou não da prisão provisória do acusado.

A professora Ana Flávia Messa ensina que:

"A prisão em flagrante é um autêntico sistema de autodefesa da sociedade, ou seja, é uma forma de o Estado cessar a atividade criminosa e proteger valores sociais, de forma a restaurar a confiança na ordem jurídica e na autoridade"[25]

5.2.1. Previsão Constitucional da Prisão em Flagrante

Disposto de modo expresso no seu artigo 5º, inciso LXI, CF/88, valendo à pena transcrição:

"Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos caso de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;" (grifo nosso).

Nota-se que o legislador buscou autorizar essa modalidade de prisão sem o respectivo mandado de prisão previamente expedido pela autoridade judiciária, pois quis intencionalmente permitir que qualquer pessoa que visse a consumação

de um crime pudesse valer-se dessa autorização para capturar o responsável, sem incorrer em qualquer tipo de constrangimento ilegal.

Desse modo torna-se desnecessária a prévia análise do juiz de direito em razão da finalidade cautelar e provisória dessa medida.

Além disso, em razão da imediatividade desse ato, aumenta-se a capacidade de produção probatória tanto sobre a materialidade quanto da autoria.

Destarte não exista a prévia ordem judicial, obrigatoriamente o juiz deve ser comunicado, sendo responsável pela avaliação da legalidade do ato praticado.

Constatando-se que o ato é ilegal o juiz irá relaxar a prisão em flagrante, porém sendo legal a prisão resta ao juiz duas alternativas, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva se presentes os requisitos do artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal ou, ainda, conceder liberdade provisória com ou sem fiança quando a situação não se enquadrar nos artigos da preventiva.

O juiz deverá analisar o "*fumus boni jûris*" (fumaça do bom direito), ou seja, para uma pessoa ser presa em flagrante é preciso apenas que a conduta por ela praticada seja aparentemente típica, não importando de pronto a análise e valoração da culpabilidade ou ilicitude do que foi praticado.

Ademais deve o juiz também, após a formalização da prisão em flagrante, decidir se efetivamente existe um "*periculum in mora*" (perigo na demora) que irá balizar sua decisão se o indiciado será ou não posto em liberdade.

Neste sentido explica Romeu Pires de Campos Barros que se posicionou da seguinte maneira:

"É justamente a instrumentalidade da medida cautelar de referência ao processo, em toda a sua complexidade, que possibilita um concurso entre vários tipos de cautelas, sofrendo estas mutações que o desenvolvimento da relação processual ocasiona, ensejando a conversão de um tipo de cautela em outro, atentas as variações das circunstâncias ocorrentes. Assim, a prisão em flagrante representa pela sua instrumentalidade pré-cautela em relação a prisão preventiva,

podendo-se afirmar que, desde o momento em que a prisão-captura se converte em prisão custódia, a tutela cautelar mediata se transforma num meio de tutela cautelar provido de uma verdadeira e própria cognição, no qual foram reconhecidos os seus pressupostos básicos, ou sejam, a urgência (periculum in mora) e a aparência jurídica da possibilidade de êxito contra o indiciado (fumus boni iuris)."[26]

Por outra perspectiva, o professor Fernando da Costa Tourinho Filho asseverou;

"Inegável, pois, o caráter cautelar da prisão em flagrante, dêz que necessária para assegurar a consecução dos fins do processo. A prisão em flagrante, como toda e qualquer prisão provisória, só se justifica se tiver um caráter cautelar; do contrário, haverá desrespeito à Constituição Federal"[27].

Cabe destacar que, em certas situações no mundo fático, embora a prisão seja efetuada não é preciso formalizar o auto de prisão em flagrante, como ocorrem nas infrações de menor potencial ofensivo e contravenções penais.

No caso acima, basta que a pessoa detida assuma o compromisso de comparecer em juízo, nos termos do artigo 69, parágrafo único, Lei 9.099./95.

5.2 FLAGRANTE FACULTATIVO E FLAGRANTE OBRIGATÓRIO

5.2.1 CONCEITO FLAGRANTE FACULTATIVO

No artigo 301 do Código de Processo Penal consagra duas modalidades de prisão em flagrante: o facultativo e o obrigatório.

Primeiramente será analisado o facultativo, o qual consta no texto processual que:

"Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito" (grifamos)

Nota-se que o legislador infraconstitucional trouxe a possibilidade de qualquer pessoa, como também a própria vítima, de prender em flagrante o autor de crime, ou seja, facultando-se às pessoas a chance de exercer sua cidadania

legalmente ao privar a liberdade de locomoção do autor da infração para que este sofra as sanções criminais que incorreu com seu ato delitivo.

Essa possibilidade legalmente conferida aos cidadãos é denominada: exercício regular de direito, instituto previsto no artigo 23, inciso III, do Código Penal.

Com isso exclui-se a ilicitude do ato praticado pela pessoa quando prende o responsável pelo crime sem o respaldo de ordem judicial previamente expedida.

5.2.2 CONCEITO FLAGRANTE OBRIGATÓRIO

Conforme descrito acima, o artigo 301 do CPP também consagra a modalidade de flagrante obrigatório, inerente às Forças Policiais, que tem o dever de prender quem se encontre em flagrante delito, sob pena de serem responsabilizados criminal e administrativamente.

Neste caso de flagrante, os agentes da segurança pública ao agirem a fim de cercear a liberdade de um suspeito de cometer crime atuam amparados por uma excludente de ilicitude, que nesse caso será o estrito cumprimento do dever legal, também previsto no artigo 23, inciso III, do CP.

5.2.3 A PRISÃO EM FLAGRANTE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

O artigo 5º da Constituição Federal nos incisos LVII e LXI dispõe, respectivamente, sobre o Princípio da Presunção de Inocência e a prisão em flagrante delito.

A primeira impressão é que embora previstos no mesmo artigo constitucional os incisos aparentam ser conflitantes, pois como pode um indivíduo ser preso em flagrante quando a regra do ordenamento aperfeiçoa-se no estado de inocência.

O Princípio da Presunção de Inocência é primordial para o regular funcionamento do direito pátrio, e deve ser considerado em todos os casos impreterivelmente.

Na prisão em flagrante não poderia ser diferente, pois ela fornece uma maior segurança jurídica na aplicação da lei ao caso em concreto, sendo lícita a prisão do

suspeito mesmo antes da instauração do processo com o fulcro de garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

5.3. PRISÃO PREVENTIVA

Espécie de prisão cautelar, frisando-se que poderá ser decretada durante a fase investigativa, como também, processual.

Portanto, sua decretação é passível de ocorrer durante toda a persecução criminal, isso quer dizer, ela poderá ser decretada em desfavor de uma pessoa alvo de investigação antes do início formal dos procedimentos atinentes ao inquérito policial, ou seja, antes das primeiras diligências investigativas serem tomadas.

Nesse entendimento, afirma Marco Antônio Vilas Boas:

"A palavra preventiva tem sua origem em "praeventus", que significa antecipado (...). Essa antecipação tem por finalidade assegurar os objetivos da persecução penal. De acordo com o artigo 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal."[28]

Nucci explica que prisão preventiva da seguinte forma:

"é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei."[29]

Desse modo, em virtude do aspecto cautelar de natureza processual que acarreta a restrição da liberdade deve ser determinado e, obrigatoriamente, fundamentado por um juiz, conforme anteriormente citado.

5.3.1 OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA

Essa obrigatoriedade vem da Constituição Federal que exige todas as decisões judiciais devam ser fundamentadas (artigo 93, inciso IX), sob pena de nulidade do ato.

Nesse sentido a Suprema Corte decidiu:

"O decreto de prisão preventiva há que fundamentar-se em elementos fáticos concretos, quedemonstrem a necessidade da medida constritiva" [30]

Não obstante, é pacífico na doutrina e jurisprudência que a mera repetição dos termos legais pelo Magistrado na fundamentação dessa modalidade cautelar de cárcere resulta em constrangimento ilegal.

Por isso cabe ao juiz demonstrar efetivamente quais os fatos ocorridos que dão sustentação adequada para a decretação dessa medida excepcional.

Nesse entendimento o STJ consagrou que:

"Viola o disposto no artigo 315 do CPP a decretação da prisão preventiva sem fundamentação vinculada ou concreta. O juiz deve sempre, para tanto, indicar efetivamente o suporte fático, de caráter extra típico ou de peculiar e grave "modus operandi", que justifique a segregação antecipada"

(RHC 8.105-SP,5.,rel. Félix Fischer, 20.04.1999, v.u.,DJ 24.05.1999, P.181).

Essa modalidade de cárcere está fundamentada no Código de Processo Penal, nos artigos 311 a 316. Mais precisamente no artigo 312 estabelece de forma expressa que:

"A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria".

Com isso, nota-se, que a prisão preventiva está fundamentada na necessidade da sociedade em ver o indivíduo que ostenta contra ele indícios de autoria e prova da materialidade delitiva seja preso antes de transcorrer o tempo necessário para o deslinde do processo criminal.

Importante se faz ressaltar que não sofrerá prisão preventiva o acusado que tenha cometido o crime amparado por alguma excludente de ilicitude, previstas no artigo 23 do CPP.

Esta modalidade prisional não comporta prazo de duração e sua decretação perdura até o momento que não subsistam os elementos ensejadores do cárcere, devendo, obrigatoriamente, ser revogada, conforme artigo 316 do sobredito código.

Do mesmo modo, se revogada a prisão surja novos motivos que autorizem o cárcere, a prisão preventiva será decretada novamente, destacando-se que é imprescindível a fundamentação da autoridade judiciária sob pena de ilegalidade da medida.

5.3.2. PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Embora o Princípio da Presunção de Inocência aparente ir de encontro ao cabimento da prisão preventiva isso na verdade não ocorre.

Conforme explanado anteriormente, a prisão preventiva está adstrita aos seus requisitos legais, sendo que se for decretada fora dos casos previsto nos artigos 312 ou 313 do CPP, caberá, respectivamente, relaxamento da prisão e revogação dela.

Esse aparente confronto antagônico que surge entre a segurança pública e o “jus puniendi” do Estado, permitindo o cabimento cautelar do cerceamento da liberdade da pessoa em detrimento ao seu estado de inocência presumido, justifica-se por ser extremamente útil para se alcançar uma maior efetividade no que tange a aplicação da pena, como também, serve para assegurar a instrução criminal.

Nesse sentido ensina Capez:

“Nosso entendimento, portanto, é o de que a prisão preventiva, bem como todas as demais modalidades de prisão provisória, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência, mas desde que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os requisitos da tutela cautelar (comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado).” [31]

Prosseguindo Capez pontua que:

Somente poderá, no entanto, ser decretada quando preenchidos os requisitos da tutela cautelar (fumus boni iuris e periculum in mora). Neste sentido, dispõe o art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada: a) para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (periculum in mora) + b) quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (fumus boni iuris). Não existe prisão preventiva obrigatória, pois, nesse caso, haveria uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não seria processual, mas verdadeiramente antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo.” [32]

Nesta feita, nota-se que a prisão preventiva traz a seara jurídica uma discussão sobre a constitucionalidade ou não dessa modalidade de prisão processual.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já firmaram entendimento no sentido de que a antecipação da pena ou execução penal não ofende o Princípio da Presunção de Inocência, cabendo ao magistrado apontar fundamentadamente as razões jurídicas e fatos concretos que darão ensejo à medida excepcional.

Essa obrigatoriedade de fundamentação trazida na Constituição Federal também vem contemplada no artigo 283 do Código de Processo Penal, objetivando assim que sejam cometidos excessos e eventuais abusos, senão vejamos:

"Art.283, do CPP: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)."

5.4 PRISÃO TEMPORÁRIA

Esta modalidade de prisão processual é a única que esta disciplinada fora do Código de Processo Penal.

A Prisão Temporária vem disposta na lei específica de número 7.960/89, tendo no *seu* artigo 1º os motivos e crimes que ensejam essa modalidade de prisão processual listados de forma taxativa, ou seja, não admite ampliação dos crimes que podem dar causa a decretação dessa modalidade de cárcere cautelar, senão vejamos:

"Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986)."

A prisão temporária entrou no ordenamento pátrio para substituir a prisão para averiguação. Por isso essa prisão é concernente a fase do inquérito policial objetivando auxiliar a investigação, conforme previsão, acima exposta, do artigo 1º, inciso I, da sobredita Lei.

Além dessa característica peculiar sobre o momento de sua decretação, a prisão temporária, diferentemente da prisão preventiva, tem estipulado de forma expressa o prazo que o investigado poderá ser encarcerado provisoriamente, qual seja: cinco dias podendo ser prorrogado por igual período a requerimento do Delegado de Polícia.

Pontua-se que além desse prazo supracitado, a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) prevê no seu artigo 2º, § 3º o prazo de 30 dias quando o delito praticado estiver constando no rol taxativo de crimes considerados hediondos, previsto no artigo 2º § 4º da lei em comento.

Para a prisão temporária ser decretada são exigidos os mesmos requisitos do "*fumus comissi delicti*" e o "*periculum libertatis*".

Parte da doutrina defende que, embora sejam os mesmos requisitos, estes não podem ser confundidos com os da prisão preventiva, todavia a legislação pátria exige a presença deles para ser decretada a prisão temporária.

O doutrinador Guilherme de Souza NUCCI, explica que:

"existem duas situações que autorizam a prisão temporária, que são: Quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial conjuntamente com o fato de haver as fundadas razões, de acordo com as provas admitidas na legislação penal, de autoria e participação nos crimes elencados no inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89; e, quando o indiciado não tiver sua residência fixa ou não fornecer ajuda para esclarecer sua identidade, também combinado com o inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89.30 Devem estar presentes, necessariamente, a situação do inciso I do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, que é a de imprescindibilidade para a investigação policial, e também algum crime do inciso III do artigo 1º da mesma Lei. E, o inciso II, já estaria contemplado pela aplicação do inciso I. Portanto, a prisão temporária somente pode ser decretada, desde que estejam presentes os indícios de autoria e materialidade e, ainda, quando seja imprescindível para as investigações policiais, tratando-se dos crimes arrolados no inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89.31" [33].

No mesmo sentido Paulo Rangel conclui:

"Por conclusão, podemos asseverar que, obrigatoriamente, devemos combinar os incisos I e III ou os incisos II e III, sem os quais não teremos os pressupostos de toda e qualquer medida cautelar: fumus boni iuris e o periculum in mora (fumus comissi delicti e periculum libertatis)" [34].

Em outro panorama, Fernando da Costa Tourinho Filho consagra que:

"embora a prisão temporária seja uma prisão cautelar, não estão presentes nela o "fumus comissi delicti" (fumus boni iuris) e o "periculum libertatis" (periculum in mora). Porém, como toda prisão somente poderá ser decretada pelo Juiz, e a prisão temporária assim o é, logo, sob esse aspecto, ela é válida e não é inconstitucional. Somente, talvez, poderia ser considerada inconstitucional sob o

aspecto de estar restringindo a liberdade de alguém sem demonstrar a sua real necessidade e, estar ferindo também o princípio da presunção de inocência” [35]

5.4.1 PRISÃO TEMPORÁRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

A prisão temporária deverá ser decretada por juiz através da representação da autoridade policial ou através de requerimento do Ministério Público.

Conforme já explanado, essa modalidade de prisão cautelar objetiva garantir e assegurar que as investigações em curso não sejam obstaculizadas pelo suspeito do crime.

Como nesse período de confecção probatória não foi oportunizado para o acusado todas as garantias processuais, o Magistrado ao tomar a decisão pela decretação deverá demonstrar, de forma fundamentada, que essa medida excepcional além de adequada é imprescindível para o engendramento do manancial probatório que ensejará, ou não, a culpa desse acusado.

Portanto, em atenção aos ditames constitucionais que versam sobre o Princípio da Presunção de Inocência, percebe-se que é perfeitamente cabível a prisão temporária, sendo esta modalidade de prisão cautelar harmônica com o princípio em voga, visto que para ela tornar-se ilegal é preciso que o magistrado ao decretá-la não demonstre os verdadeiros fundamentos sobre a necessidade da medida excepcional.

CAPÍTULO III

6. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE NÚMEROS 43 E 44.

A Suprema Corte iniciou no dia 01 de setembro do corrente ano o julgamento liminar de duas ações declaratórias de constitucionalidade de números 43 e 44 propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Essas ações são referentes à possibilidade de se executar de forma provisória a reprimenda penal no momento em que for proferido acórdão condenatório no

Tribunal de 2º instância, conforme decisão proferida pelo STF em fevereiro do mesmo ano.

O Partido Ecológico Nacional (PEN) na ADC 43, representado pelo advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, afirma que a alteração no entendimento jurisprudencial ocorreu sem a devida análise referente à constitucionalidade do disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual exige o trânsito em julgado para se dar o início de cumprimento de pena, devendo o STF declarar a inconstitucionalidade do teor deste artigo.

Em caráter cautelar o PEN solicitou que não fossem executadas prisões cautelares, devendo ser suspensas as decretadas, devendo essas pessoas serem postas em liberdade visto não ter ocorrido o trânsito em julgado dos crimes a elas imputados.

Ainda o PEN requereu em caráter subsidiário nessa cautelar que fosse realizada uma interpretação do artigo 283 do CPP nos termos da Constituição Federal, objetivando, com isso, que sejam aplicadas medidas alternativas à prisão, conforme preconiza o artigo 319 do sobredito código.

Além disso, o partido requereu que fosse realizada também uma interpretação do artigo 637 do CPP e a Constituição, com fulcro de condicionar o início de cumprimento da pena ao julgamento em sede de recurso especial pelo STJ, enquanto aguarda o julgamento do mérito dessa ação.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADC 44, representada pelos advogados Lenio Streck, Juliano Breda, Claudio Lamachia e André Karam Trindade, alegando através desta ação que o STF foi omissivo quanto ao dispositivo do artigo 283 do CPP, e por dedução jurídica conclui-se que o dispositivo permanece válido, e por isso deverá ser aplicado nos Tribunais de 2º grau.

Por isso a o Conselho Federal da OAB requereu que fosse concedida uma medida cautelar com força para suspender a execução antecipada da pena, quando

os órgãos fracionários de segunda instância julgaram os casos concretos com base no HC 126.292.

No mérito desta ação a procedência da ação com o intento que fosse declarada a constitucionalidade do artigo em comento, devendo esse ato ter efeito "erga omnes" e vinculante.

No intuito de participar desse julgamento como "amici curiae" várias entidades requereram habilitação nos autos, sendo que no julgamento da cautelar promoveram sustentação oral, como as Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCRIM), Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM), Instituto Íbero Americano de Direito Pública e Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)

O Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, ao se pronunciar em plenário pediu pelo indeferimento da liminar nas duas ações declaratórias de constitucionalidade e afirmou que:

"Todas as entidades (amicicuriaes) são vinculadas aos advogados (inclusive os públicos). Concordo que temos de prestigiar o princípio acusatório. Mas foi recorrente o mantra para que possamos comparar com aquele ou esse país. Enquanto não houver evolução civilizatória, temos de continuar com o nosso processo. Não queremos calar aquele jovem que na ditadura dizia 'iremos ao Supremo!'. O que quero dizer é que o STF jamais fechará as portas, mas que se deve organizar esse clamor de que o STF virá sempre em auxílio de todos, tendo em vista os juízes de primeiro e segundo graus postos sob suspeita pelos amicus curiae"

Foi nomeado como relator deste julgamento o Ministro Marco Aurélio que proferiu seu voto demonstrando-se ser plenamente favorável ao artigo 283 do Código de Processo Penal, sustentando que:

"o princípio da não culpabilidade é ligado ao trânsito em julgado, reprodução de cláusula pétrea da Constituição", e que "nem o constituinte derivado está autorizado a restringi-lo".

Na opinião do relator a decisão no julgamento do HC 126.292, constituiu "notável reviravolta" nas palavras do Ministro, pois a decisão causa grande impacto no sistema penal brasileiro, afirmando que:

"A fissura causada pelo pronunciamento em processo subjetivo não pode ser ignorada, pois repercute na liberdade de milhões de indivíduos. A partir da decisão do Supremo na referida impetração, surgiram ópticas diversas sobre o alcance do princípio constitucional da não culpabilidade, com o qual se teve, nesses 27 anos de vigência da Constituição Federal, harmônico o artigo 283 do Código de Processo Penal. O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir", disse o Ministro Marco Aurélio

No mesmo voto o Ministro relator propôs a Corte que libertassem todos os presos em consequência da decisão proferida pelo Supremo no início do ano.

Em contrapartida, na data de 05 de outubro, com um placar de 6 a 5 o STF consagrou que o réu poderá ser preso antes que se opere o trânsito em julgado da condenação, visto que esperar o trânsito da questão contribui, e muito, com a morosidade do Poder Judiciário e falta de efetividade do sistema criminal.

Nesta Sessão plenária ficou definido pelos Ministros que votaram a favor desse entendimento que o condenado em segunda instância poderá ser preso após a confirmação da sentença condenatória no órgão fracionário.

O único Ministro que alterou o voto proferido em fevereiro foi Dias Toffoli, sob a fundamentação que as penas só poderiam ser executadas depois da decisão proferida pelo STJ, concordando com a maioria no sentido de reconhecer a desnecessidade de se aguardar o trânsito da questão.

O Ministro Teori Zavascki foi o relator do habeas corpus número 126.292, cujo julgamento e decisão geraram todo esse alvoroço na doutrina, asseverou que na segunda instância esgota-se a possibilidade de exame de fatos e provas sobre a autoria e materialidade, sendo que os recursos encaminhados tanto para o STF quanto para o STJ não possuem efeito suspensivo, e, em razão disso, a pena executada antes do pronunciamento das Cortes Superiores não viola o Princípio da Presunção de Inocência.

Nesse mesmo sentido o Ministro Luiz Fux completou em seu voto ao discutir dos direitos fundamentais do acusado:

"estamos esquecendo do direito fundamental da sociedade".

Por último e como voto de desempate a Presidente do STF a Ministra Cármen Lúcia negou o pedido cautelar, pontuando em seu voto que a Constituição Federal firma expressamente em seu texto que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da questão, sendo que não fica excluída a possibilidade de ser decretado o cárcere provisório desse acusado.

Para a Presidente quando as provas já foram apreciadas através de duas condenações, a prisão dessa pessoa não configura arbítrio, pontuando no seu voto que:

"A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo".

7. CONCLUSÃO

Tomando por base todas as informações trazidas neste trabalho, é possível concluir que essa mutação constitucional se deu em virtude das alterações sociais que resultaram nessa necessidade de maleabilidade sobre a interpretação da norma escrita.

O Supremo Tribunal Federal manifestava-se de forma contrária ao entendimento consolidado no recente julgamento do HC 126.962, passando a entender como plenamente possível a execução provisória da pena a partir da

condenação em 2º grau, de modo que essa medida não ofende o Princípio da Presunção de Inocência.

Era de extrema importância que o órgão máximo do sistema judiciário proferisse seu entendimento sobre o tema conflituoso atinente ao Princípio em análise e as prisões processuais.

Com a decisão busca-se inibir o uso abusivo e de caráter eminentemente procrastinatório que muitos acusados com maior poder aquisitivo utilizavam para ludibriar a justiça a fim de que transcorresse o prazo necessário para o surgimento da prescrição, acarretando a extinção da punibilidade desse agente.

Muitos casos no Brasil desaguaram nessa impunidade, e o sistema judiciário não poderia ficar omissos ante a essa patente injustiça e descrédito das instâncias inferiores.

A título de exemplo dessas manobras recursais protelatórias, ocorreu quando o ex-senador Luís Estevão foi condenado no ano de 2006 a 31 anos de prisão, por crime cometido em 1992.

Através da interposição de 34 recursos, a sentença condenatória só veio a transitar em julgado em 2016, já na iminência do surgimento do fenômeno de direito material da prescrição, tendo 23 anos transcorridos na data do crime sem o réu sofrer qualquer restrição a sua liberdade.

Portanto, na atual conjuntura, impõe-se que o início do cumprimento da pena se dê através do esgotamento da jurisdição ordinária, pois se assim não ocorrerá, certamente, e ineficácia e desprestígio do sistema judiciário.

Assim, o Supremo ao proferir essa decisão sobre o momento do estado de inocência do acusado de crimes acaba por inibir a seletividade do sistema penal, trazendo uma maior funcionalidade do sistema criminal brasileiro, com o objetivo de impedir manobras protelatórias que anseiam conferir impunidade aos autores de crimes.

Nesse entendimento, o Ministro do STF Luis Roberto Barroso alegou que:

"Outro elemento de fomento à corrupção é a impunidade. As pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos. O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados. Superar este quadro envolve mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação. (...) O enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação cultural importante no Brasil: a valorização dos bons em lugar dos espertos. Quem tiver talento para produzir uma inovação relevante capaz de baixar custos vai ser mais importante do que quem conhece a autoridade administrativa que paga qualquer preço, desde que receba vantagem. Esta talvez seja uma das maiores conquistas que virá de um novo paradigma de decência e seriedade".[36]

Desta feita, não há no direito pátrio a garantia de recorrer em todos os graus de jurisdição, pois o direito de apreciação da questão pelo STJ ou STF não esta respaldada na garantia constitucional do devido processo legal.

Com isso, através desse novo entendimento firmado, acaba por prestigiar as próprias Cortes Superiores, visto que o número excessivo de recursos que seguem para suas respectivas apreciações, muitas vezes, não tem o caráter de extraordinário, fazendo com que as Cortes Superiores acabassem transformando-se em Tribunal ordinário de revisão.

O Ministro do STF Marco Aurélio de Mello pontuou que:

"Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de inocência e de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendente de recursos" [37].

O Ministro do STF Luiz Roberto Barroso asseverou que:

*"é preciso restituir ao direito penal esse papel mínimo de prevenção geral".
"Se a sociedade desacreditar do sistema de justiça, você dá um estímulo à criminalidade."*

Portanto, ao invocar a harmonia do Princípio da Presunção de Inocência com as prisões processuais devemos encontrar o equilíbrio entre direito de punir conferido ao Estado e o direito público subjetivo do acusado de gozar das garantias conferidas pelo texto constitucional.

Embora tenham surgido diversas críticas ao entendimento firmado pela Suprema Corte, existe compatibilidade entre o Princípio da presunção de inocência e a prisão processual.

Relembrando que para esse ato de caráter excepcional é preciso que fique demonstrado o "*fumus boni iuris*" e o "*periculum libertatis*".

No julgamento do HC 126.292 o STF reafirma que não se limita ao Estado apenas no poder, mas também no dever em achar soluções para as lides em tempo aceitável, visando que não ocorram injustiças no tocante de conferir liberdade a culpados, fazendo proliferar o sentimento de impunidade.

Salientamos que essa mudança de interpretação do texto constitucional não atinge as pessoas que gozam do instituto da imunidade parlamentar, já que o processo que possa tramitar contra essas pessoas tem como competência originária os Tribunais Superiores e por isso não existe a confirmação de eventual condenação em instância acima desses Tribunais.

A interpretação firmada pelo STF em fevereiro e confirmada novamente em setembro do corrente ano sobre o momento que se finda o estado de inocência de um acusado demonstra ser plausível com o atual cenário processual pátrio, pois, conforme explanado nesse estudo, o número de recursos interpostos de caráter eminentemente protelatório, por vezes, tramitam por tanto tempo nos Tribunais Superiores que acabam desaguando na prescrição do crime imputado para aquela pessoa.

A função do intérprete do direito é trazer sentido à norma jurídica, visto que se o direito deve adequar-se as necessidades que emergem de diferentes formas na sociedade.

Se assim não fosse, as investigações conduzidas pelo Ministério Público que denunciaram e prenderam grandes quadrilhas de empresários que lesavam os cofres públicos, ou, a Política Racial para ingresso de estudantes de Universidades também feririam, supostamente, os corolários constitucionais no que tange à Segurança Pública e Direito de Igualdade.

Como bem sabemos tais ações são harmônicas com as intenções da Constituição, o que ocorreu nesses casos foi uma interpretação social da norma e não estática e literal como assim defendem os contrários ao entendimento firmado.

A discussão sobre o tema gera discussões calorosas entre os operadores do direito de um modo geral, e o STF vem sofrendo duras críticas por ter reafirmado tal entendimento agora em setembro no recente julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44.

Com isso percebe-se que o Supremo, embora encontre grande resistência, buscou inferir do texto constitucional um anseio da sociedade em ver presas as pessoas condenadas pelo cometimento de crimes, pois a sociedade por anos convive de forma amarga com a impunidade de réus que transitam livremente sem ser submetido ao cárcere, mesmo já tendo contra si a prova condenatória referente aos fatos e materialidade do crime já comprovados e exauridos nas instâncias ordinárias.

8. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 322.

GOMES, Luiz Flávio. MARQUES, Ivan Luís (coords). Prisão e Medidas Cautelares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 19^a ed. São Paulo: Saraiva

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 1, 2004.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. A Tutela da Liberdade no Processo Penal. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

CUNHA, J.S. Fagundes e BALUTA José Jairo. O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica. Curitiba: Editora Juruá, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 14º edição, editora Forense.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003

CORRÊA, Plínio de Oliveira. Legitimidade da Prisão no Direito Brasileiro. 2º Edição. Porto Alegre: Editora Sagra, 1991.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 463-464. 14

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 1, 2005,

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012

BARROS, Romeu Pires de Campos, op. cit. Basileu Garcia – Processo Penal Cautelar, Rd. Forense, 1982.

MESSA, Ana Flávia. Prisão e Liberdade. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009.

MELLO, Marco Aurélio, *Ciência e Consciência*, Vol.2, 2015

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

VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HC 101.244-MG, 1ª T., REL RICARDO LEWANDOWSKI, 16.03.2010, v.u

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 19 Fev. 16.

Luís Roberto Barroso, *Brasil: o caminho longo e tortuoso*. Conferência proferida na Universidade de Nova York, em 11 abr. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2016/04/Conferencia-NYU-11-abr2016-versao-final-completa2.p>

NOTAS:

[1] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 221

[2] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

[3] BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 322.

[4] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 300

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.451

[6] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000 (*CANOTILHO, 1998, p. 1125*).

[7] GOMES, Luiz Flávio. MARQUES, Ivan Luís (coords). **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34

- [8] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. p.61.
- [9] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991
- [10] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 1, 2004, p. 63.
- [11] PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A Tutela da Liberdade no Processo Penal**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- [12] PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A Tutela da Liberdade no Processo Penal**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- [13] PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A Tutela da Liberdade no Processo Penal**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- [14] PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A Tutela da Liberdade no Processo Penal**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 90.
- [15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 19 Fev. 2016.
- [16] BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015.
- [17] CUNHA, J.S. Fagundes e BALUTA José Jairo. **O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Editora Juruá, 1997, p. 111.
- [18] Nucci, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 14º edição, editora Forense, pag 667.
- [19] Bitencourt, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 28
- [20] BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Tradução Torrieri Guimarães. 2º Ed. São Paulo: Editora MartnCalret, 2009, p18/19.
- [21] CORRÊA, Plínio de Oliveira. Legitimidade da Prisão no Direito Brasileiro. 2º Edição. Porto Alegre: Editora Sagra, 1991,p.24
- [22] NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 14º edição, editora Forense, pág. 668.
- [23]NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 14º edição, editora Forense, pág. 668).
- [24] NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 14º edição, editora Forense, pág. 695

[25] MESSA, Ana Flávia. *Prisão e Liberdade*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009, pág 187

[26] BARROS, Romeu Pires de Campos, op. cit. Basileu Garcia – *Processo Penal Cautelar*, Rd. Forense, 1982, p 124.

[27] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, vol. 1, 2005, p.437.

[28] VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 325.

[29] NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*, 14º edição, editora Forense, p.720

[30] HC 101.244-MG, 1ª T.,REL RICARDO LEWANDOWSKI, 16.03.2010,v.u.

[31] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 270

[32] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p 543

[33] NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*, 14º Edição, Ed. Forense, páginas 540 a 541

[34] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 463-464. 14

[35] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1, 2004, p. 485

[36] BARROSO, Luís Roberto, *Brasil: o caminho longo e tortuoso*. Conferência proferida na Universidade de Nova York, em 11 abr. 2016. <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2016/04/Conferência-NYU-11-abr2016-versão-final-completa2.pdf>. Sobre o comentário final da transcrição, denunciando o círculo vicioso que premia os piores, v. Míriam Leitão, *História do futuro*, 2015, p. 177-78.

[37] Mello, Marco Aurélio, *Ciência e Consciência*, Vol.2, 2015