

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 965

(Ano XII)

(04/07/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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



A pandemia de contratações públicas em razão do covid-19
Alexandre Santos Sampaio, 06.

ARTIGOS

Poliamor e sucessão: uma análise sob o princípio da dignidade da pessoa humana

Daniel de Carvalho Guimarães, 13.

Crimes em ambientes virtuais

Djeinni Caroline A souza, 33.

Conscientização do uso correto de equipamentos de proteção individual para prevenção da responsabilização em processos trabalhistas

Samuel Davi Quintela Bispo, 43.

Aspectos jurídicos da pensão compensatória entre os ex-cônjuges no entendimento do STJ

Francisco Carlos Alves Simão filho, 64.

Criminalidade no Brasil: fatores que fazem dos crimes patrimoniais e do tráfico de drogas os principais responsáveis pelo aumento da criminalidade na última década

Diego Luiz Monzon, 78.

Dano moral: conceito, espécies, fundamentos legais e jurisprudências

Josiele Souza Santos, 92.

Conduta social e a personalidade do agente como critérios para a fixação da pena base

Jessiane Ribeiro Lima, 97.

A eficiência da colaboração premiada no combate ao crime organizado

Walquiria Gonçalves da Silva Leal, 118.

Parcerias da Administração Pública com entidades do Terceiro Setor no âmbito municipal

Fernanda Aparecida Rodrigues, 134.

A Suspensão do Comércio e a Ausência do Dever de Indenizar do Estado

Relivaldo Jose da Silva, 149.

A necessidade de se minorar a patrimonialização da coisa pública e a excepcionalidade das contratações por inexigibilidade de licitação

Marcella Vieira de Queiroz Carneiro, 165.

Reversão nos hábitos seculares para elevação da legislação consumerista deste século

Eduardo Paixão Caetano, 186.

Os pormenores sobre os crimes de ação penal privada e o inquérito policial no Brasil

Joaquim Leitão Júnior, 198.

Aulas por plataformas online nos cursos de pós-graduação em tempos de pandemia

Benigno Núñez Novo, 208.

O impacto do Covid-19 no Direito Tributário

Ricardo Vale da Silva, 213.

Direito tributário: da aquisição à alienação imobiliária

Herval Forny, 228.

A Revolução da Aplicabilidade do Direito – A Ascensão da Informática Jurídica e dos Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos.

Ana Paula Paulucci Amaral, 255.

Resíduos Sólidos: Políticas Públicas aplicadas pelo Estado e a conscientização da sociedade

Jairo Nazaro dos Santos, 270.

A importância da educação na ressocialização do preso

Daiana Carolina da Silva Gomes Machado, 311.

A responsabilidade civil dos municípios por danos ambientais

Cynthia Walker Matos dos Santos Araújo, 318.

A eficácia do dano moral imputado às instituições bancárias decorrente de empréstimos consignados fraudulentos

Luis Alberto Marques Pinheiro, 334.

Novo Coronavírus: os impactos sociais da Administração Pública sobre os direitos fundamentais

Michael Ribeiro da Silva, 351.

O Regime Jurídico da Pensão Alimentícia entre ex-cônjuges e a Estabilidade do Equilíbrio socioeconômico pós-casamento

Cristiane Pereira Xavier, 363.

A (des)necessidade da realização da audiência de custódia no procedimento de apuração de ato infracional

Lanna Gabriela Bruning Simoni, 372.

Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual: o novo e antigo crime contra mulher no campo sociojurídico brasileiro

Hederson Colares dos Reis, 390.

Os desafios do direito digital

Benigno Núñez Novo, 407.

Financiamento de campanhas eleitorais e as ilegalidades das doações.

Igson Barroso Corrêa, 412.

A universalidade do atendimento de saúde: a ilegalidade da recusa de atendimento de saúde por entes da Federação de pacientes oriundos de outra unidade

Adovaldo Dias de Medeiros Filho, 431.

Aspectos essenciais ao controle de legalidade da requisição de diligências em sede de investigações policiais: fundamentação jurídica, imprescindibilidade, pertinência, momento e destinatário.

Joaquim Leitão Júnior, 439.

A efetividade do mandado de injunção na concretização dos direitos fundamentais

Lanna Gabriela Bruning Simoni, 453.

Feminicídio: Manifestação das Relações Entre os Gêneros

Léia Gonçalves Dutra, 471.

Federalismo Fiscal: a problemática da guerra fiscal e a inconstitucionalidade da exigência de unanimidade nas votações do CONFAZ para a concessão de benefícios fiscais de ICMS

Vanessa Maria Lopes Madeira, 495.

Instrumentos de cooperação jurídica internacional para o combate à lavagem de capitais - análise da legislação dos países integrantes do Mercosul

Priscila Prado Garcia Cecchi, 529.

Início da execução penal em condenações em segunda instância: Análise do Entendimento do Supremo Tribunal Federal e o Princípio da Presunção da Inocência

Thiago Veris Mota, 620.

A Improbidade Administrativa e a ratificação da possibilidade de autocomposição com o advento do pacote anticrime

Marcella Vieira de Queiroz Carneiro, 649.

A inclusão social das pessoas com transtorno do espectro autista: direitos e garantias

Paulo Rocha Gomes Guerra, 670.

A PANDEMIA DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM RAZÃO DO COVID-19

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:

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.

É sabido que situações excepcionais exigem soluções excepcionais. Porém, isto não permite que o gestor público aja de maneira arbitrária ou para gerar danos, de maneira inconsequente, aos cofres públicos. Tanto que se tem observado diversos administradores, de primeiro escalão do executivo, inclusive, serem investigados pela polícia, mediante a necessária ordem judicial, por suposta malversação de recursos públicos durante contratações no período de calamidade pública.

A pandemia de covid-19, com reflexos sociais e econômicos graves, exigiu a adoção de modelo jurídico diferenciado durante este evento catastrófico. Foram publicadas diversas normas, nos mais diversos entes federativos, inovando no ordenamento jurídico neste período calamitoso, mas para o intento do presente artigo destaca-se a Medida Provisória nº 961 e a Lei nº 13.979/20. A primeira possibilitou explicitamente, além de aumentar o limite de dispensa de licitação em razão do valor[1], o pagamento antecipado[2] e a segunda criou nova hipótese de dispensa de licitação, com vistas a viabilizar a aquisição de bens e insumos de saúde “destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei”[3].

Tais ajustes normativos, deveras, possibilitaram maior flexibilidade nas contratações públicas, mas não afastam, em hipótese alguma, a necessidade de motivação dos atos, da explicitação de quais razões levaram a compra de determinados bens ou a contratação de determinada prestação de serviços. Tampouco autorizaram que as contratações sejam realizadas sem, por exemplo, pesquisa ao mercado e a justificativa de preços. Se tais eventos acontecem, compras ou serviços sem justificativas, tanto de natureza técnica como econômica, então existe o risco de os responsáveis serem penalizados, nas esferas administrativa, civil e penal.

No Tribunal de Contas da União – TCU – foi proferida decisão que deixa claro que “os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo

coronavírus (covid-19) devem ser instruídos com a devida motivação dos atos, por meio, no mínimo, de justificativas específicas acerca da necessidade da contratação e da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados, com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação a ser dada ao objeto contratado (art. 4º-E, § 1º, da Lei 13.979/2020)”[4].

Ora, as contratações públicas devem, de fato, serem rápidas, sem burocracia desnecessária, principalmente em áreas críticas, como a da saúde, em que o tempo corre contra a vida dos pacientes, mas não podem ser feitas sem estudos técnicos adequados e sem uma mínima pesquisa de preços, com vistas a verificar se o preço proposto é razoável e vantajoso para a Administração Pública.

A pandemia de covid-19 não é um cheque em branco ou um cartão de crédito sem limites para o gestor fazer o que quiser. A motivação dos atos praticados e o respeito aos princípios basilares que regem a Administração pública, tais como a legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, devem ser observados. Do contrário, os órgãos de controle podem e devem agir para inibir abusos.

De outra banda, cabe ponderar que a legislação ordinária e os entendimentos já pacificados dos órgãos de controle sobre o tema já garantiam ao gestor mecanismos ágeis para sua atuação no momento de crise.

Isso porque não se pode olvidar que a Lei nº 8666/93 já traz no seu bojo a hipótese de dispensa de licitação em razão de situações emergenciais ou de calamidade, como a vivenciada por conta do covid-19, bem como o TCU, em diversas decisões, já admitia o pagamento antecipado em determinadas situações. Vale dizer, as novas normas citadas, ainda que positivas, não são indispensáveis para que o gestor possa realizar contratações rápidas para enfrentar a crise, salvo o aumento de limite da dispensa em razão do valor.

Com efeito, o art. 24, inciso XV, da Lei nº 8.666/93 dispõe:

XV - em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º ;

Sobre o tema, Marçal Justen Filho[5] sobre o assunto leciona:

A hipótese merece interpretação cautelosa. A contratação administrativa pressupõe atendimento às necessidades coletivas e supraindividuais. Isso significa que a ausência da contratação representaria um prejuízo para o bem público. Se inexistisse um interesse em risco, nem caberia intervenção do Estado. A atividade pública não pode ser suprimida ou diferida para o futuro. Afinal, essas são características inerentes à Administração Pública.

De acordo com esse doutrinador, na contratação emergencial deve-se atender dois requisitos: demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano e demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco.

O TCU também já delineou bastante como deve ser realizada as contratações emergenciais. Veja-se alguns acórdãos sobre a matéria:

(i) somente dispensar por emergência o certame licitatório nos casos previstos no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, ou seja, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.[6]

(ii) Nas contratações diretas não há que se falar em direcionamento ilícito, pois a escolha do contratado é opção discricionária do gestor, desde que satisfeitos os requisitos estabelecidos no art. 26 da Lei 8.666/1993: justificativa do preço, razão da escolha do contratado e, se for o caso, caracterização da situação emergencial.[7]

(iii) A situação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que

devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares[8].

(iv) A caracterização de situação emergencial, que autoriza o procedimento de dispensa de licitação, deve estar demonstrada no respectivo processo administrativo, evidenciando que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Não se presta a esse fim a presença de pronunciamento técnico apontando a existência de graves problemas estruturais, se a interdição do local, por si só, suspenderia eventual risco à segurança dos frequentadores, e descaracterizaria a situação de urgência, possibilitando a realização do devido procedimento licitatório[9].

Para o Relator da decisão mencionada na alínea IV acima, “há que se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, tratando-as como questões distintas”. Nesse quadro, a contratação emergencial ocorreria “em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação”. Assim, “na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização”.

Além disso, no Acórdão do TCU nº 1130/2019 – 1ª Câmara, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, ficou consignado que “cabe ao gestor demonstrar a impossibilidade de esperar o tempo necessário à realização de procedimento licitatório, em face de risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas e de bens públicos ou particulares, além de justificar a escolha do fornecedor e o preço pactuado”.

Em suma, consoante com a jurisprudência acerca do tema, para se proceder à contratação emergencial deverão estar presentes os seguintes requisitos: a) situação emergencial ou calamitosa que não possa ser imputada à desídia do administrador; b) urgência de atendimento; e c) risco de sérios danos a pessoas ou bens.

Em outros termos, ainda que não houvesse previsão da nova dispensa de licitação para comprar insumos e serviços para enfrentar a pandemia, a contratação

emergencial se mostraria possível juridicamente, afastando a necessidade de previamente licitar nesta situação de calamidade.

De igual modo, ocorre no que toca ao pagamento antecipado. Mesmo antes da MP nº 961, comprovada a vantajosidade da medida e adotadas cautelas, para a hipótese do bem não ser entregue ou o serviço não ser prestado, o pagamento antecipado já era juridicamente admissível, ainda que em caráter excepcional.

Veja o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

Contratações com indícios de irregularidades: 4 - Pagamento antecipado. No âmbito dos contratos administrativos, é defeso realizar pagamentos anteriores à prestação dos serviços sem que tal procedimento seja tecnicamente justificável e que esteja previsto no instrumento convocatório, nos termos do art. 38 do Decreto nº 93.872/86, c/c os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64 e art. 65, II, "c", da Lei nº 8.666/93. Com base nesse entendimento, o relator entendeu presente irregularidade suscitada na gestão da SPRF/GO a respeito de pagamentos antecipados em contrato de prestação de serviços de vigilância armada. Foi apurado que apenas três pagamentos mensais se deram de forma antecipada em dois, quatro e seis dias em relação ao prazo final de prestação dos correspondentes serviços, razão por que o relator propôs tão somente a expedição de determinação ao órgão, de modo a evitar tais práticas, no que foi acompanhado pelos demais ministros[10].

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado[11].

São requisitos para a realização de pagamentos antecipados: i) previsão no ato convocatório; ii) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e iii) estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação[12].

Depreende-se, pois, que a MP em questão nada mais fez do que normatizar entendimento consolidado do TCU sobre a matéria para o período do “estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”.

Por óbvio, a positivação de determinadas situações facilita a atuação do gestor, ao admitir situações que antes possuíam caráter de excepcionalidade. Se excepcionalidade já se encontra presente na norma, o gestor não precisa se preocupar com esta justificativa, sem descurar, claro, das outras justificativas alhures citadas.

Em suma, conclui-se que inovações legislativas são salutares para viabilizar soluções jurídicas adequadas para que o gestor possa enfrentar com celeridade a pandemia de covid-19, muito embora já existissem o permissivo jurídico em alguns casos. Contudo, não se pode realizar contratações públicas de maneira injustificada, sem amparo técnico e econômico adequados, e sem o respeito aos princípios basilares da Administração Pública, notadamente a impessoalidade, moralidade e eficiência. Não se pode ter uma pandemia de contratações por conta do covid-19 sem motivação plausível, sob pena do gestor sofrer as consequências jurídicas, nas esferas administrativa, civil e penal, em caso de abusos.

NOTAS:

[1] Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

I - a dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, até o limite de:

a) para obras e serviços de engenharia até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e

b) para outros serviços e compras no valor de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

[2] Art. 1º, II, Medida Provisória nº 961/20.

[3] Art. 4º da Lei nº 13.979/20.

[4] Acórdão nº 1335/2020 – Plenário (Acompanhamento, Relator Ministro Benjamin Zymler).

[5] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 404.

[6] Acórdão TCU nº 628/2005 – 2ª Câmara.

[7] Acórdão TCU nº 1157/2013 – Plenário.

[8] Acórdão TCU nº 1138/2011 – Plenário.

[9] Acórdão TCU nº 1162/2014 – Plenário.

[10] Acórdão nº 589/2010 – 1ª Câmara, Relator: Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa.

[11] Acórdão nº 185/2019 – Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler.

[12] Acórdão nº 2856/2019 – Primeira Câmara. Relator: ministro Walton Alencar Rodrigues.

POLIAMOR E SUCESSÃO: UMA ANÁLISE SOB O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES:

Graduando no curso de Direito pela Universidade Luterana de Manaus (ULBRA).

RESUMO: Atualmente a sociedade moderna encontra-se em constante modificação em todos os âmbitos, seja na área tecnológica, educacional, alimentar e até mesmo no âmbito familiar o qual complementa-se pela maneira de se relacionar. Com isso, torna-se obrigatório que a legislação vigente esteja também em consonância com o atual cenário do mundo e conseqüentemente modifique-se a cada mudança apresentada. Ao considerar a relevância desse fator, o presente trabalho versará sobre um dos temas mais repercutido no cenário jurídico e social nos últimos tempos: Poliamor e sucessão sob a ótica social e jurídica, tendo em vista que esse novo modo de se relacionar tem sido um divisor de opiniões em âmbitos sociais, religiosos, familiares e jurídico.

Palavras Chave: sociedade; modificação, poliamor, sucessão.

ABSTRACT: Nowadays, modern society is constantly changing in all areas, whether in the technological, educational, food and even family areas which complement each other by the way they relate. With this, it is mandatory that the legislation in force is also in line with the current scenario of the world and consequently changes to each change presented. In considering the relevance of this factor, the present work will relate to one of the topics most reflected in the legal and social scenario in recent times: Polyamor and succession under the social and legal perspective, with the view that this new way of relating has been a Splitting of opinions in social, religious, family and legal areas.

Keywords: Society Modification; Polyamor; succession.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITO E EVOLUÇÃO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURIDICO. 3. PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4. POLIAMOR. 5. DESENVOLVIMENTO ATUAL DO POLIAMOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 5.1 Decisões Atuais dos Principais Órgãos sobre o Tema. 5.2 Relatos e Opiniões de adeptos ao Poliamor. 6. SUCESSÃO NAS RELAÇÕES SIMULTÂNEAS/POLIAFETIVAS 7. CONCLUSÃO 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo a sociedade vem sofrendo grandes transformações as quais incluem o modo como as pessoas vivem e principalmente o modo como se relacionam, e com isso o conceito de família e relacionamento também mudou.

Foi através dessa sequência de mutações, as quais tiveram início a partir da segunda guerra mundial, que surgiram novos comportamentos por parte das mulheres que integravam a sociedade e ainda os novos tipos de relacionamentos, advindo as uniões denominadas informais ou estável e atualmente as uniões poliafetivas.

É fato que estas vêm sendo consideradas elementos de caráter inovador no Poder Judiciário, ainda que haja opiniões divergentes sobre o assunto, e que com o reconhecimento desta em âmbito jurídico os que por esta modalidade de união optem passam a ter proteção por parte do Estado. Todavia, ainda que muito já se tenha discutido formal e informalmente no tocante ao assunto sabe-se que ainda há um longo caminho a ser trilhado para que haja uma real definição sobre direitos, obrigações e conquistas concernente ao poliamor.

É fato que a entidade familiar, desde a sua origem, tem sido passível de fatores inovadores os quais mudam sua característica padrão, isso se dá por ser está um organismo sociocultural. E com isso, para que haja uma adequação e garantia dos direitos basilares dos cidadãos os quais são garantidos através da Carta Magna de 1988, o judiciário precisa se adequar ao cenário que a sociedade apresenta.

O poliamor caracteriza-se por sua pluralidade concernente a relacionamentos onde as partes envolvidas se conhecem e aceitam uma relação simultânea. Por ser o tema moderno no contexto social e jurídico, o direito dos que deste modo convivem e dos filhos advindos dessas relações ficam parcialmente comprometidos ou mal compreendidos, devido à falta de informação no que tange o assunto. Analisando esta realidade, notou-se a necessidade de propor uma reflexão sócio jurídica sobre o assunto em tela.

2. CONCEITO E EVOLUÇÃO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURIDICO

A família compõe o cenário mundial desde o início da história humana, com isso está se apresenta como papel fundamental para a constituição das sociedades que ocupam o espaço tendo em vista que o homem desde sua origem sempre viu necessidade em se ter uma companhia e conseqüentemente, viver em sociedade.

Ao abordar o tema em tela é imprescindível que haja de antemão a conceituação de família através das palavras do renomado doutrinador abaixo.

De acordo com Leite conceitua família da seguinte forma:

A própria palavra "família" tem origem romana, significando famulus. Na origem da palavra era tomada como escravo, referindo-se não somente à família, mas igualmente aos servos e parentes que se encontravam sob a autoridade do pater famílias (LEITE, 2005, p. 23).

Ainda sobre o conceito de família discorrem Cristiano Chaves, segundo referência Roniele Ferreira Netto e Renata Magalhães Ruas da seguinte maneira:

A família na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos (perspectivas científicas), numa espécie de paleontologia social (NETTO E RUAS, 2016, p.25)

Historicamente falando, o presente instituto apresenta sua evolução a partir dos seguintes acontecimentos, por volta do ano de 1916, a família funcionava como uma fonte econômica e tinha como sua principal característica o modelo sexista, monogâmico, patriarcal e hierarquizado o qual era influenciado pela colonização portuguesa. Há de se destacar que esta não admitia outro modo de constituir família que não fosse através do casamento, sendo publicamente desvalorizado e discriminado aquele os quais infringiam as regras.

Entretanto, insta informar que, desde a época das sociedades primitivas, a poligamia, pologinia e a poliandria, eram fatores comuns existentes no convívio social. Destaca-se que estes são relacionamentos compostos por vários homens ou várias mulheres de modo conjunto.

Após alguns anos ocorria a Segunda Guerra Mundial as quais trouxeram consigo o advento de um novo modelo de institucionalização de família. Foi a partir de então que a Constituição Brasileira adentrou no cenário de mudanças.

A Carta Magna de 1988 da República Federativa Brasileira trouxe em conjunto com o novo cenário, não somente a inserção da mão de obra feminina no mercado de trabalho, mas também um novo conceito de família, passando a defini-la com os preceitos da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

Três grandes modificações sofridas no Direito de Família com a vigência deste novo parâmetro foram a ampliação das formas de constituição da família, a família pluralizada ou eudemonista, a facilitação da dissolução do casamento e a

igualdade de deveres e direitos entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (VIGO, 2015).

Sobre o tema discorre Maria Berenice (2007, p. 30):

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se interfere da primeira parte do § 8º do artigo 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

Dando continuidade ao assunto, Ana Clara Matos leciona:

Do ponto de vista legislativo, o advento da Constituição de 1988 inaugurou uma diferenciada análise jurídica das famílias brasileiras. Uma outra concepção de família tomou corpo no ordenamento. O casamento não é mais a base única desta entidade, questionando-se a ideia da família restritamente matrimonial. Isto se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extrapatrimoniais (MATOS, 2008, p. 225).

A partir das colaborações descritas acima se percebe que diferentemente do modelo padrão que se via antes na sociedade no que concerne a família e o modo de constituição desta, no atual modelo familiar, o afeto predomina sobre qualquer outro item de modo a ampliar os meios de se compor este instituto.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 utilizada no Brasil tem como um de seus principais pontos a Dignidade da Pessoa Humana, constituindo está o princípio e fundamento da República Federativa do Brasil.

Há longo período temporal tem se discutido quanto ao respeito e valores essenciais à existência do indivíduo, tendo como enfoco os direitos e garantias fundamentais os quais devem ser assegurados a este, visando proporcionar uma qualidade de vida digna.

Antes de adentrar ao assunto principal, é necessário conceituar qualidade de vida, como poderá ser apreciado a seguir:

Qualidade de vida indica o nível das condições básicas e suplementares do ser humano. Estas condições envolvem desde o bem-estar físico, mental, psicológico e emocional, os relacionamentos sociais, como família e amigos, e também a saúde, a educação e outros parâmetros que afetam a vida humana (SIGNIFICADOS, 2016, p. 186).

A crescente preocupação com questões relacionadas à qualidade de vida vem de um movimento dentro das ciências humanas e biológicas no sentido de valorizar parâmetros mais amplos que o controle de sintomas, a diminuição da mortalidade ou o aumento da expectativa de vida. Assim, qualidade de vida é abordada, por muitos autores, como sinônimo de saúde, e por outros como um conceito mais abrangente, em que as condições de saúde seriam um dos aspectos a serem considerados (FLECK, LOUZADA, XAVIER, CHACHAMOVICH, VIEIRA, SANTOS & PINZON, 1999).

A dignidade da pessoa humana tem sua parte histórica marcada por acontecimento os quais ocorreram relacionados a humanidade há tempos atrás, esta foi marcada por acontecimentos baseados na barbárie humana que causaram dores e constrangimentos para inumeráveis povos os quais habitavam na sociedade. É suficiente lembrar alguns exemplos, sendo uns mais antiquados e outros mais modernos, para que se note as atrocidades que os seres humanos são capazes de cometer em relação a outros.

Salienta-se que acontecimentos como estes tornam-se cada vez mais comuns no mundo de hoje. Como exemplo disso pode-se mencionar a inquisição, época em que se queimavam pessoas vivas acusadas de bruxaria; os castigos corporais que levavam a morte durante a Idade Média; o período da escravidão o qual que sujeitava o escravo aos mais variados tipos de abusos; as guerras mundiais e, principalmente o episódio nazista, o qual teve seu ápice durante a Segunda Guerra Mundial, subjugando pessoas como raça impura, de modo a direcionar estas a mortes em campos de extermínio.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos surge com a finalidade de evitar novas atrocidades contra a humanidade, determinando o documento em seu art. 1º que: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma as outras com espírito de fraternidade".

Nesse contexto o autor abaixo leciona:

O direito a existência digna abrange o direito de viver com dignidade, de ter todas as condições para uma vida que se possa experimentar segundo os próprios ideais e vocação, de não ter a vida atingida ou desrespeitada por comportamentos públicos ou privados, de fazer as opções na vida que melhor assegurem à pessoa a sua realização plena. O direito de viver é também o direito de ser: ser o que melhor pareça à pessoa a sua escolha para a vida, quer façam as opções da própria pessoa ou quem a represente (pais, responsáveis, etc.). O direito contemporâneo não reconhece e garante apenas o direito à vida (ou o direito a existência, mas a vida digna). Daí a ênfase dada a este princípio do direito contemporâneo. Nem por isso ele é menos porejado de dúvidas, que se mostram, às vezes, em dilemas de gravidade incontestes. (ROCHA, 2004, p.26.)

Partindo desta premissa é possível concluir que todo ser humano tem direito a ser feliz e se sentir deste modo de maneira protegida pelo Estado, ou pelo menos deveria ser desta forma. Direito esse o qual deve ser não somente protegido como também devidamente respeitado em todos os âmbitos, ou seja, sociais, econômicos e principalmente jurídico.

Em uma sociedade a qual está em constante mudança, torna-se importante que tudo e todos que nela habitam acompanhem de modo atento essa transformação, de modo inclusivo, as legislações as quais resguardam os direitos, garantias e deveres dos indivíduos que nela habitam estando incluso nessa situação não somente a preservação da garantia do princípio da dignidade da pessoa humana como também a aceitação dos novos padrões de família pela sociedade e pela lei que a rege.

Insta informar que as tais mudanças dizem respeito não somente ao conceito de família mais também quanto as suas características, sua origem, formação e composição no moderno contexto social e civil.

Atualmente pode-se afirmar que os modelos de família reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro já não se resumem basicamente no padrão tradicional composto pelo pai, mãe e filhos pois a família deixou para trás a sua formação exclusivamente por laços biológicos admitindo-se a partir de então também os afetivos.

O modelo moderno que define a estrutura da família pode assim ser definido:

A estrutura da família atual é composta pelos princípios da solidariedade e da igualdade substancial e da liberdade de escolhas, todos esses ligados à dignidade da pessoa humana. Não era essa a apresentação da família há tempos atrás, porquanto podíamos observar uma desigualdade de forças entre o homem e a mulher, haja vista o pátrio poder concentrado de forma exagerada na figura do pai e sua formação heterossexual. A constituição federal define família como base da sociedade e afasta as desigualdades que o direito anterior apresentava (PINTO, 2016, p. 456).

A partir do contexto de mudanças e evolução familiar no ordenamento jurídico brasileiro, é importante destacar que as modalidades hoje existentes e reconhecidas pela legislação (incluindo jurisprudências) e a família matrimonial a qual é decorrente do casamento, a família informal a qual decorre da união estável, a homoafetiva que decorre da união de pessoas do mesmo sexo e ainda de modo resumido a família monoparental, anaparental e a eudemonista.

4. POLIAMOR

Considerado como tema inovador no direito de família, o poliamor vem sendo tema de grandes discussões nos dias atuais, seja em uma simples conversa informal ou em âmbitos sociais e jurídicos dentro do país.

O Ordenamento Jurídico brasileiro passou a reconhecer novos modelos de famílias a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, “a qual ampliou o conceito de família que era restrito aos moldes do casamento, passando a tutelar e garantir proteção às demais formas de manifestação, entre elas a união estável, a família monoparental, as famílias recompostas e as homoafetivas” (BRASIL, 1988).

Perante o desenvolvimento da sociedade e sua conseqüente adequação aos novos formatos familiares que se apresentaram ao longo do tempo, a família patriarcal, a qual era mantida como modelo padrão e a qual era regra da sociedade, abriu margem para as famílias formadas, não somente pelo casal unidos através do matrimônio tradicional e seus filhos, mas também por formatos monoparentais, recompostas e atualmente também as homoafetivas.

Com isso, percebe-se que apesar de ser um meio de se relacionar já conhecido de fato, o poliamorismo não tem reconhecimento jurídico apresentando

desse modo a lentidão das autoridades competentes em reformar as leis conforme os costumes que a sociedade se adapta diariamente.

Importante destacar que o poliamor caracteriza-se por sua pluralidade de relacionamentos, na qual as partes que compõe esta relação se conhecem e aceitam a relação de modo simultâneo ficando a critério de ambos pautar os deveres e direitos de cada um. Contudo, juridicamente falando é importante frisar que considerando a omissão por parte do legislativo, jurisprudências e até mesmo a doutrinária as controvérsias voltada a essa temática são contínuas no que concerne o reconhecimento do poliamor como instituto de direito de família, bem como seus efeitos jurídicos.

Ante a inovação quanto aos modelos de família e amparo trazidos pela Constituição Federal, o poliamor surge como alvo de divergências e tema principal de debates não somente doutrinários como também jurisprudenciais. Prova disso é a inexistência de conceituação fixa desse novo modo de se relacionar, não existindo consenso nem mesmo quanto ao seu reconhecimento e proteção por parte do Estado de maneira clara e ampla.

Em um resumo histórico deste, pode-se apresenta-lo na seguinte ordem:

O primeiro registro bibliográfico do poliamor foi do ano de 1953, o qual foi encontrado na obra *Illustrated History of English Literature* escrito por, Alfred Charles Ward o qual atribuiu ao rei Henrique VII características de “determinado poliamorista”. Referida característica foi atribuída ao rei da Inglaterra, devido aos seus contáveis casamentos, seis no total, tendo o autor sugerido que o referido rei teve a capacidade de amar várias mulheres (CARDOSO, 2010, p.19).

Com o decorrer dos anos, no entanto, surgem informações as quais alegam inexistirem documentos que comprovem a prática de relacionamentos simultâneos na constância de seu matrimônio, fato este que surge como contradição ao exposto acima. Segundo Santiago (2015, p.131-132) “o principal desenvolvimento do conceito de poliamor ocorreu no contexto de uma igreja denominada Igreja de Todos os Mundos - Church of All Worlds, o qual aponta ser a igreja Neopagã mais antiga”.

A partir deste momento tem-se manifestado a vertente espiritista inicial deste modo de se relacionar, na qual todos os meios de relacionamento (sentimentais ou sexuais) ocorriam de modo múltiplo.

Em meio a constante busca pela definição do conceito de poliamor a qual caracterizava-se pelas relevantes dificuldades surgidas ante a inexistência de um conceito amplo e claro, capaz de estabelecer todos os elementos desse tipo de relação os autores abaixo descrevem em seus relatos a seguinte explicação para tais acontecimentos:

Um dos desafios em entender um tema tão diversificado e tão orientado pelas escolhas pessoais como o poliamor é a dificuldade em se generalizar várias subculturas, estilos de vida, valores e modelos familiares, bem como sintetizá-los em um quadro descritivo coerente. Referido desafio é verificado principalmente devido a “utilização recente do termo poliamor, ocasião em que há certa confusão da sociedade e dos juristas, em proceder com a distinção do poliamor e os demais relacionamentos múltiplos, que erroneamente são enquadrados ao termo” (Haritaworn, Lin e Klesse apud Santiago (2015, p. 134).

É notável que o tema é sobretudo completo e confuso devido à diversidade jurisdicional concernente à família e relacionamento presente e aceitas hoje no país. Contudo, em meio a esse turbilhão de meios para se alcançar a conceituação deste pode-se aqui descrever dois dos que lido foram considerados claros e objetivos.

É o amor romântico que envolve mais de duas pessoas, o qual é marcado pela honestidade e ética, além do consentimento e conhecimento de todos os envolvidos, concluindo que nas relações poliamorosas, têm como pressuposto, “a real honestidade entre os envolvidos, no decorrer de todo o relacionamento, o qual tem por objetivo principal admitir uma pluralidade de sentimentos, que vão além de mero relacionamento sexual, onde os praticantes do poliamor asseveram que há um vínculo afetivo sério e estável entre os envolvidos”. (SANTIAGO, 2015, p. 137-138).

De acordo com George Santiago, preleciona que:

[...] uma forma de relacionamento no qual as pessoas mantêm, abertamente, múltiplos parceiros românticos, sexuais e/ou afetivos. Com ênfase em relacionamentos emocionalmente íntimos e a longo prazo, seus praticantes entendem que o poliamor se diferencia do swing- e do adultério- na medida em que há um foco na honestidade e na divulgação completa da rede de relacionamentos para todos que participam ou são afetados por eles. Nas relações de poliamor, tanto os homens quanto as mulheres podem ter acesso a parceiros múltiplos, diferentemente das relações poligâmicas, nas quais somente

aos homens é permitido ter múltiplas parceiras (Georgia State University, Sheff apud Santiago, 2015, p. 143).

O que claramente se vê e entende é que ainda que pareça o contrário mais o fator primordial dos que por este modo de se relacionar optam vem a ser o amor e a liberdade entre ambos, buscando sobretudo a felicidade, satisfação pessoal e realização amorosa.

5. DESENVOLVIMENTO ATUAL DO POLIAMOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme já mencionado em linhas anteriores no corpo do presente artigo, como se sabe não há previsão legal concernente ao reconhecimento de relacionamentos poliamorosos dentro do Brasil.

Entretanto, há pedidos constantes para que haja aceitação e reconhecimento por parte das autoridades competentes, pedido este embasado na tese de que o direito deve acompanhar os anseios da sociedade.

Insta informar que como se não bastasse o fato de a legislação brasileira não reconhecer o poliamor, há ainda a ausência de reconhecimento por parte doutrinária, tendo em vista que até mesmo boa parte da doutrina adota posicionamento contrário.

Podem ser elencados como motivos de tanta rejeição: o fato de que ainda que em meio aos atuais modelos de família aceitos pelo ordenamento jurídico pátrio, há ainda como família a figura do homem e da mulher. Outro ponto que incentiva esses motivos são as constantes discussões na seara civil concernente à sucessão e ainda os próprios costumes sociais.

Por outro lado, há os defensores da teoria psicológica do poliamorismo, e que entre seus argumentos consta o da variedade, da realização pessoal de cada componente da relação, de relações abertas e livres, contudo de modo respeitosa, da liberdade sexual e ainda do afeto. Importante destacar que não há a previsão do relacionamento poliamoroso em termos relacionados a casamento civil. No entanto, existe a escritura pública de união poliafetiva a qual ocorre em cartórios, já tendo atualmente muitos cartórios no Brasil aptos a esse reconhecimento, uma vez que isso não fere a Constituição Federal Brasileira, não havendo, portanto, nenhum vício ou irregularidade.

5.1 Decisões Atuais dos Principais Órgãos sobre o Tema

Ainda que o assunto seja recente na sociedade e no mundo jurídico os principais órgãos judiciários já se manifestaram sobre o tema, mesmo que de maneira tímida. A legislação brasileira mesmo considerando o tema de alta relevância ainda não trata especificamente deste, ficando a encargo da doutrina e jurisprudência, a parte conceitual, o reconhecimento e elevação como instituto do direito de família.

Prosseguindo em posicionamentos favoráveis, em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça, concedeu a concubina idosa, que teve um relacionamento com homem casado por mais de 40 anos, o direito à prestação alimentícia, tendo em vista que a companheira abriu mão de sua carreira profissional, para dedicar-se exclusivamente ao seu companheiro, o qual proveu durante quarenta anos, todo o sustento necessário. Segundo o Ministro relator, João Otávio de Noronha, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, mesmo que de longa duração, em regra, não gera o dever de prestar alimentos à concubina, tendo em vista que “a família é um bem a ser preservado a qualquer custo”. Ocorre que, devido a peculiaridade do caso e considerando os princípios da dignidade e solidariedade humana, o foi reconhecido, devendo ser mantida a obrigação de prestação de alimentos à concubina idosa, que durante todo o relacionamento teve seu sustento provido pelo companheiro, sob pena de causar-lhe desamparo. Senão vejamos:

CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS [...] PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANA. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS[...] COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS [...] há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. [...] amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. 4. [...] (STJ. Recurso Especial nº 1.185.337, Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 19/03/2015, e-STJ, fl. 381).

Dentre as recentes decisões sobre o tema, encontra-se ainda a do Conselho Nacional de Justiça.

O Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu, recentemente, que os cartórios brasileiros não podem registrar uniões poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas, em escrituras públicas. A maioria dos conselheiros considerou que esse tipo de documento atesta um ato de fé pública e, portanto, implica o reconhecimento de direitos garantidos a casais ligados por casamento ou união estável – herança ou previdenciários, por exemplo. Na decisão, o CNJ determina que as corregedorias-gerais de Justiça proíbam os cartórios de seus respectivos estados de lavrar escrituras públicas para registrar uniões poliafetivas. A decisão atendeu a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões, que acionou o CNJ contra dois cartórios de comarcas paulistas, em São Vicente e em Tupã, que teriam lavrados escrituras de uniões estáveis poliafetivas. De acordo com o relator do processo, ministro João Otávio de Noronha, as competências do CNJ se limitam ao controle administrativo, não jurisdicional, conforme estabelecidas na Constituição Federal. A emissão desse tipo de documento, de acordo com o ministro Noronha, não tem respaldo na legislação nem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconhece direitos a benefícios previdenciários, como pensões, e a herdeiros apenas em casos de associação por casamento ou união estável. “(Nesse julgamento) eu não discuto se é possível uma união poliafetiva ou não. O corregedor normatiza os atos dos cartórios. Os atos cartorários devem estar em consonância com o sistema jurídico, está dito na lei. As escrituras públicas servem para representar as manifestações de vontade consideradas lícitas. Um cartório não pode lavrar em escritura um ato ilícito como um assassinato, por exemplo”, afirmou o ministro Noronha (CNJ, 2018).

5.2 Relatos e Opiniões de adeptos ao Poliamor

Atualmente não há dados exatos concernentes aos números de adeptos as relações poliafetivas. O que se sabe somente é que a procura por este modo de se relacionar tem aumentado cada vez mais. A seguir será exposto a opinião de pessoas que vivem em uniões poliafetivas.

Em entrevista concedida à “Isto É” o fundador de um grupo, o Pratique Poliamor Rio de Janeiro, Rafael Machado, de 27 anos, professor de história, filho de militar, conta que cresceu acreditando que a monogamia era a única opção de relacionamento amoroso. “Até os 17 anos eu tinha uma postura bem moralista, resultado da minha criação. Mas, quando conheci o poliamor, entendi que é natural amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo” (BRANDALISE; ROCHA, 2014).

Em um dos poliencontros, Rafael conheceu a professora Charlenn de Carvalho, 31 anos. Charlenn conta que depois de viver um casamento monogâmico por nove anos buscou outras possibilidades. Conta que o namoro com Rafael iniciou em consenso de seu ex-marido (na época, casados), que a princípio considerou a

ideia interessante, contudo, depois pediu prioridade, razão porque se separaram. Hoje, Sharlenn de Carvalho tem outros dois namorados. Nas palavras de Sharlenn, "ter de podar o seu desejo e o desejo do outro é uma violência" (BRANDALISE; ROCHA, 2014).

Há ainda relatos fornecidos sobre o assunto no site "Bem Paraná" o qual realizou uma breve pesquisa sobre o assunto e com pessoas que aderiram a este relacionamento. Em seguida, segue trechos dessa entrevista com Marcell, a qual tem 25 anos de idade e trabalha como técnica em informática, ao ser entrevistada esta conta que possui um namorado e uma namorada. Fator interessante nessa história é que todos os componentes se conhecem, se gostam, e sobretudo se respeitam, sendo plano de ambos a moradia em conjunto (os três). O relacionamento já dura cerca de três anos.

Questionada sobre como as pessoas reagem diante da situação, Marcell conta:

Há quem pense em orgia ou promiscuidade, mas é uma relação baseada na cumplicidade, respeito e sinceridade, é viver sem mentiras nem com o peso da culpa por manter um caso extraconjugal. E ficar feliz pelo outro, ao saber que a pessoa que você ama também está feliz (BEM PARANÁ, 2007).

O relato acima mostra a necessidade de o assunto ser discutido e ensinado sobre a temática para todos, tendo em vista a falta de conhecimento sobre o assunto e conseqüentemente a ausência de informações no que diz respeito ao que é, como de fato funciona e os direitos dos que por esse relacionamento optam.

O namorado de Marcell, o designer gráfico Cláudio, de 26 anos, reconhece que não é fácil administrar uma relação poliafetiva. "Acredito que o casal deve definir como funciona o relacionamento, que vai tomando forma de acordo com as particularidades de cada um. Lidar com ciúme é difícil, mas lidar com a mentira é ainda mais difícil" (BEM PARANÁ, 2007).

Questionada sobre as vantagens desse relacionamento, a entrevistada afirma:

Não acredito na limitação do amor. O amor não é uma coisa que delimitamos. A vantagem das pessoas que vivem relações poliafetivas é a liberdade de amar, a liberdade de poderem ser sinceras com elas mesmas e com as pessoas com quem se relacionam. É poder viver o que se tem vontade, experimentar

coisas novas. Já a desvantagem são os tabus, o preconceito, a estigmatização, o machismo (BEM PARANÁ, 2007).

Deste modo o que pode se perceber é que dependendo da personalidade e do interesse de cada pessoa, a opção de poliamor pode ser considerada como uma boa escolha, e falando de maneira mais humanizada, poderá ser essa considerada como uma ponte para uma possível realização amorosa e familiar para aqueles que assim optarem.

6. SUCESSÃO NAS RELAÇÕES SIMULTÂNEAS/POLIAFETIVAS

Após o devido esclarecimento sobre o que vem ser as relações poliafetivas, e sobre a importância do reconhecimento desta, torna-se imprescindível que seja discorrido sobre as sucessões nessas relações.

Inicialmente, é importante falar sobre sucessões ou direito sucessório para que posteriormente seja abordado sobre as sucessões dentro das relações poliafetivas.

No direito civil há as seguintes sucessões: Sucessão hereditária, a qual tem previsão legal no Código Civil de 2002, ocorre somente nos casos de falecimento e tem por finalidade a definição do destino do patrimônio do de cujus. Esta tem a sua abertura no exato momento do falecimento e segue regras criteriosas definidas em lei.

Há ainda a Sucessão legítima, a qual é aplicada por força de lei podendo ser em dois casos específicos, sendo o primeiro é quando o de cujus não deixou testamento e o segundo, quando o testamento deixado por este for caduco, inválido, ou revogado e ainda quando o documento não englobar e dispor sobre todos os bens que este possuía.

No que diz respeito a sucessão nas relações poliafetivas, sabe-se que devido ao preconceito que este modo de união sofre a parte sucessória é ainda mais delicada. Infelizmente até mesmo a união estável, que já é reconhecida devidamente regulamentada e aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro sofre esse preconceito.

Por serem os relacionamentos poliamorosos semelhantes à união estável a qual, é equiparável ao casamento, segundo doutrinas e legislações vigentes, estas uniões merecem total proteção por parte do estado, seja na constância da mesma, ou até mesmo no momento de sua dissolução ou sucessão.

No que concerne à sucessão na união estável sabe-se que, por ocasião da morte, no casamento civil, deverá ser observado o regime de bens estabelecido na ocasião do casamento, permitindo desta forma, a posterior partilha de bens. Insta informar que esse é considerado herdeira necessária.

Salienta-se que compõe a lista de herdeiros necessários, ou seja, aqueles que tem direito a parte legítima da herança: os descendentes (Ex. filho, neto ou bisneto), ascendentes (Ex. pai, avô e bisavô) e cônjuge (esposo/companheiro).

Por fim, elenca o rol de diferenças entre a união estável e o casamento também, a norma do art. 1.647, o CC/2002, que exige a outorga conjugal para a prática de certos atos.

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

Importante destacar que triação é a meação que se transforma para melhor atender à necessidade específica desta modalidade de relacionamento, constante da terça parte de todos os bens adquiridos durante a união, respeitando-se desta forma o princípio da igualdade.

Partindo deste princípio e por respeito a ele, os bens serão partilhados através do método da triação, contudo somente a partir do momento em que se configurar e estabelecer a união triplíce. Sendo esta união uma dúplíce superveniente, os bens adquiridos durante o relacionamento deverão seguir o critério da meação.

Sobre o tema corrobora a autora Marília Andrade dos Santos:

Reconhecida a união dúplice ou paralela, por óbvio, não se pode mais conceber a divisão clássica de patrimônio pela metade entre duas. Na união dúplice do homem, por exemplo, não foram dois que construíram o patrimônio. Foram três: o homem, a esposa e a companheira. Logo, a clássica divisão pelo critério da meação é incompatível com a formação de patrimônio por três pessoas, e não mais por duas. Aqui é preciso um outro pensar, diria um outro paradigma de divisão. Aqui se pode falar em uma outra forma de partilhar, que vai denominada, com a vênua do silogismo, de "triação", que é a divisão em três e que também deve atender ao princípio da igualdade. A divisão do patrimônio pressupõe que os beneficiados sejam contemplados igualmente com sua parcela, da forma mais justa e equânime possível. Por isso, quando temos um único casal divide-se o patrimônio por dois. Mas quando o direito passa a regular a partilha da união dúplice nada mais responde ao critério igualizador do que a divisão por três (SANTOS, 2006).

Nesse sentido temos o precursor julgamento do Des. Rui Portanova no Tribunal de Justiça do Estado do RS:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante a outra união estável também vivida pelo de cujus. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA (SUL, 2005).

Cabe após a leitura da decisão descrita acima realizar um breve esclarecimento sobre o conceito de meação e herança, pois bem, meação é a efetivação do direito à metade do patrimônio compartilhado com alguém, caso haja este direito ou o direito de cada um dos cônjuges à metade do patrimônio que é compartilhado em seu regime de comunhão, de acordo com as regras estabelecidas por ele. Já a herança diz respeito à sucessão de bens que ocorre com o falecimento de alguém que possui bens. De modo mais resumido, esta é, na prática, a passagem

dos bens de uma pessoa que faleceu para seus herdeiros – sejam necessários, ou definidos por testamento. Conforme pode ser visto, ambos não têm possibilidade de serem confundidos, pois ocorrem em momentos e situações diferentes. Há que se destacar ainda que a herança sempre diz respeito à parte que cabia ao falecido de determinado patrimônio, enquanto a meação diz respeito à definição desta metade.

Um fato indiscutível e sobre a ausência de reconhecimento por parte dos tribunais superiores quanto a este tipo de relacionamento, contudo é sabido que agir dessa maneira e conseqüentemente negar todos os direitos sucessórios aos envolvidos neste relacionamento o que sem dúvida é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, é imperioso que a sucessão baseada e dividida como uma triação seja devidamente reconhecida e posteriormente amplamente aplicada como meio de garantia dos direitos dos adeptos a essa relação.

7. CONCLUSÃO

O presente artigo almejou abordar os aspectos controvertidos do Poliamor o qual é um relacionamento afetivo conjugal de mais de duas pessoas. Importante frisar que este pode gerar a constituição de uma família. Para tanto, foi inicialmente lembrado o conceito e a evolução histórica de família, buscando demonstrar como a readequação do modelo tradicional de família é consequência da evolução da sociedade e da ampliação do conceito de entidade familiar no âmbito social.

O que se pode ver é que as relações familiares estão sempre em constante modificação e que esses novos modelos que hoje são aceitos social e legalmente originam-se sobre os pilares dos novos costumes e repersonalização da sociedade moderna as quais resultam ainda nas transformações de relações familiares.

O tema central do artigo traz á baila as relações poliafetivas e com isso correlaciona esse novo modo de se relacionar com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que este é um dos princípios a ser considerado nesse novo cenário que temos em relação aos costumes, famílias e modificações, para que a partir deste sejam assegurados a todos o direito ao respeito e proteção constitucional a verdadeira identidade dos cidadãos.

Não há o que se contestar quanto a presença do poliamor na sociedade moderna e quanto ao fato de que as famílias poliafetivas são hoje uma realidade e por isso merecem não somente respeito como também um tratamento igualitário por todos e proteção por parte do Estado de modo a ser injustificável qualquer tipo de discriminação.

Ao realizar um leque de estudos para a elaboração do presente artigo foi possível contemplar e concluir que por não haver um sério acompanhamento por parte do judiciário em conjunto com o legislativo no que diz respeito ao poliamor torna-se claro que as autoridades competentes devem de maneira urgente acompanhar as mudanças sociais e a partir de então modificar seus posicionamentos de modo que passem a aceitar e conseqüentemente proteger os adeptos a esse tipo de relação, para que deste modo seja proporcionado os direitos e garantias fundamentais presentes na Carta Magna de modo a preservar a dignidade da pessoa humana.

8. REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **O direito não deve pretender desconstituir fatos da vida**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-26/jones-figueiredo-direito-nao-pretender-desconstituir-fatos-vida>. Acessado em 23/05/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, promulgada 5 de outubro de 1988.

BEMPARANÁ. **Poliamoristas dividem amor entre vários sem culpa**. Disponível em: <http://www.bemparana.com.br/noticia/41655/poliamoristas-dividem-amor-entre-varios-semculpa> . Acesso em: 23/05/2020.

BRANDALISE, Camila; ROCHA, Paula. **Será o fim do tabu da monogamia?** Revista IstoÉ, n. 2336, 29/08/2014. Disponível em: http://istoe.com.br/380010_SERA+O+FIM+DO+TABU+DA+MONOGAMIA+/ Acesso em: 23/05/2020.

CARDOSO, Daniel. Amando vári@s: **individualização, redes, ética e poliamor**. Tese de Mestrado em Ciências da Comunicação da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2010. CNJ. Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>. Acesso em 10/05/2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. V, Direito de Família. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado: texto Integral. Traduzido por Ciro Mioranza. 2ªed. Ver. São Paulo: Escala [S. D]. p.47. Coleção Grandes obras do pensamento universal, v.2.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/o-abandono-afetivo-na-filiacao-sobaotica-da-psicologia-juridica/117144/>. Acesso em 13/06/2020.

FLECK, M.P.A.; LOUZADA, S.; XAVIER, M.; CHACHAMOVICH, E.; VIEIRA, G.; SANTOS, L.; PINZON, V. **Aplicação da versão em português do instrumento de avaliação de qualidade de vida da Organização Mundial da Saúde (WHOQOL-100)**. Revista de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v.33, n.2, p.198-205, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro Eletrônico.

MATOS, Ana Clara Harmatiuk. **“Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. P. 35-48.

PINTO, Cristiano Vieira S. **Direito Civil Sistematizado**. 7ª. Ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2005

SIGNIFICADOS. **Significado de qualidade de vida**. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/qualidade-de-vida/>> / Acesso em 20/05/2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70011258605, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, julgado em 25/08/2005. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 22/05/2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Marília Andrade dos. **Meação em razão da extinção de união estável adulterina: estudo de caso**, 2006. Disponível em:

<http://jus.com.br/artigos/9243/meacao-em-razao-da-extincao-de-união-estável-adulterina>. Acessado em 08/06/2020.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** Nº 060.781-4, apud GOMES, Cristiane Trani. Conseqüências patrimoniais do concubinato adulterino. Acesso em 02/06/2020.

VIGO, Filipe. **Famílias poliafetivas e a sucessão legítima**, 2015. Disponível em: <https://filipevigoadv.jusbrasil.com.br/artigos/471146719/familias-poliafetivas-e-a-sucessao-legitima>. Acesso em 12/06/2020.

CRIMES EM AMBIENTES VIRTUAIS

DJEINNI CAROLINE A SOUZA:

Bacharelada em Direito pela instituição acadêmica Iesb Bauru -SP

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: A prática de crimes virtuais conhecida também como crimes cibernéticos que ocorrem mediante ao uso da rede mundial de computadores à internet, crimes contra o patrimônio público, crimes de clonagem de cartão de crédito uso da imagem de pessoas para difamar ou caluniar de forma que desqualifique ou desonre a pessoa, esses crimes podem ter formas variadas atentando a se a isso a legislação vem sendo cada vez mais eficiente na aplicação das normas jurídicas. Sabendo que a rede de internet é acessada por inúmeros usuários e que cada dia cresce mais a movimentação por esse meio de comunicação não somente para realizar o bate papo mais em vários momentos para concluir compras o acesso a meios legais e ilegais é constante sendo assim as autoridades estão atentos para coibir qualquer ato ilícito seja esse ato fraudando cartões, pornografia indevidas. A vida na internet é uma realidade o mundo está conectado e em todo instante as empresas estão atentas ao que tem de mais moderno e chamativo aos olhos do usuário da internet, não é somente de bate papo compras e vendas que vive a internet, o mercado de irregularidade se desenvolve dia a dia e acaba se transformando em uma causa de perigo com conteúdo falsos.(SAFERNET, 2017).

Palavras-chave: Lei. Internet. Crimes.

ABSTRACT: Law. Internet. Crimes. The practice of cyber crime also known as cyber crime that occur through the use of the world wide web of computers, crimes against public property, credit card cloning crimes and the use of people's image to defame or slander in a way that disqualifies them. and dishonor the person, these crimes can take many forms and in view of this the legislation has been increasingly efficient in enforcing legal rules. Knowing that the internet network is accessed by countless users and that every day the movement through this means of communication grows not only to make the chat but at various times to complete purchases access to legal and illegal means is constant so the Authorities are alert to curb any wrongdoing whether it is fraudulent cards, improper pornography. Life on the internet is a reality the world is connected and all the time companies are in tune with what is most modern and flashy in the eyes of the internet user, it is not only chat and sales

that the internet, the market is living. of irregularity develops day by day and ends up becoming a cause of danger with false content (SAFERNET, 2017).

Keywords: crimes in virtual environments

1 INTRODUÇÃO

A prática de crimes virtuais conhecida também como crimes cibernéticos que ocorrem mediante ao uso da rede mundial de computadores à internet, crimes contra o patrimônio público, crimes de clonagem de cartão de crédito e uso da imagem de pessoas para difamar ou caluniar de forma que desqualifique e desonra a pessoa, esses crimes podem ter formas variadas e atentando a isso a legislação vem sendo cada vez mais eficiente na aplicação das normas jurídicas. Sabendo que a rede de internet é acessada por inúmeros usuários e que cada dia cresce mais a movimentação por esse meio de comunicação não somente para realizar o bate papo mais em vários momentos para concluir compras o acesso a meios legais e ilegais é constante sendo assim as autoridades estão atentos para coibir qualquer ato ilícito seja esse ato fraudando cartões, pornografias indevidas. A vida na internet é uma realidade o mundo está conectado e em todo instante as empresas estão atendida ao que tem de mais moderno e chamativo aos olhos do usuário da internet, não é somente de bate papo compras e vendas que vive a internet, o mercado de irregularidade se desenvolve dia a dia e acaba se transformando em uma causa de perigo com conteúdo falsos. (SAFERNET, 2017).

2 EVOLUÇÃO DA CRIMINALIDADE NA REDE

Em 1946 a população conheceu o primeiro computador que tinha a finalidade de fazer cálculos e tabelas e depois desse início ouve uma transformação histórica na comunicação relacionada ao computador, após este marco inicial, a computação se desenvolveu e com o passar dos anos a maior rede, o que também é conhecido como a grande de rede de redes integradas, também conhecida como Internet, que originalmente era restrita apenas ao meio militar e controlada pela ARPANET utilizando o modelo DOD do centro de defesa americano possibilitou que o ser humano conhecesse a as compras pela internet, possibilidade de ler notícias em tempo real ao invés do jornal físico clássico e partir deste ponto os seres humanos, obviamente de modo não generalizado porém mal intencionados, conheceram o lado da ilicitude através da rede, se aproveitando da inocência e ignorância de pessoas de bem, onde desde então esta modalidade criminal, a cada dia mais, se prolifera pelos arredores do mundo por cyber criminosos também conhecido como hackers, que tem o objetivo de levar vantagens indevidas o avanço

instantâneo de números de usuários precisa estar respaldado e brindado pela legislação brasileira.

(CASSANTI, 2014).

2.1 CONCEITOS DE INTERNET

A conexão entre as pessoas do mundo todo proporcionada por essa grande máquina que é o computador garante acesso à informação rápida e em vários idiomas, a internet garantindo de forma mais ágil a globalização. As redes sociais online são um fenômeno que tem crescido juntamente com a internet, devido a inúmeras utilidades agregadas a ela. Ao mesmo tempo, tem servido de refúgio de criminosos, fazendo uso destes recursos de inúmeras formas, sempre buscando o anonimato aparente da rede. A principal rede social do globo possui mais de um bilhão de pessoas cadastradas, unidas por diversos tipos de relações, trocando dados, conhecimentos, informações no âmbito global, permitindo a agregação e desagregação de membros. Mais e mais estas redes sociais ganham importância, servindo para todo tipo de fim, desde busca de relacionamentos amorosos, passando por interesses empresariais, até a espionagem, terrorismo, guerra e protestos, fazendo até certos serviços tenderem a ficar obsoletos, como o correio eletrônico tradicional e as ligações telefônicas. A transmissão de dados propicia a comunicação entre um usuário de qualquer lugar do mundo e sabendo que a internet mudou a comunicação em todo mundo as autoridades precisam estar prontas para agir em caso de culpa ou dolo realizado na rede. (PINHEIRO, 2012). A Internet é um conceito mantido pelo órgão ARPANET, que utiliza o modelo criado pelo órgão americano DOD, Departamento of Defense, onde se faz possível a interconectividade e convergência de várias redes em uma grande rede de acesso público, sendo esta a maior rede computacional interconectada em todo o globo terrestre.

2.2 HACKERS E MEIOS CRIMINOSOS.

No momento que um indivíduo comum ou um usuário com conhecimentos aprofundado em arquiteturas de computação, também conhecido como super usuário ou simplesmente como usuário avançado e desenvolvido, compreendendo um nível satisfatório de extração de dados ou negação de um serviço produtivo, infecção por código sob objetivo de tornar um sistema produtivo em um modo inoperante utilizando um código nocivo simplesmente sob o objetivo caótico de caos e gerar uma reputação negativa em frente a sociedade, o que em seu meio dominante e criminal é benéfico pois o habilita a trabalhos de maior magnitude e impacto descobre algo diferenciado em um meio computacional, algo que a

primeira vista ou conceitualmente, parece impossível aos modos operantes clássicos e tradicionais. O indivíduo descobridor da “falha”, que tecnicamente é chamado de vulnerabilidade sistêmica pode tratar sua descoberta de forma lícita ou de modo ilícito, conforme descreverei a seguir: Forma lícita: O indivíduo informa o fabricante desenvolvedor do serviço computacional e de modo colaborativo, ajuda o desenvolvedor a corrigir a falha encontrada e como um bem maior a toda sociedade, ajudando que todos os utilizadores tenham seus dados seguros e protegidos, contando com a correção de software desenvolvida para benefício próprio e de toda a rede pública conhecida como Internet. Forma ilícita: Utiliza para benefício próprio, onde o indivíduo a falha para extração e utiliza os dados de modo indevido para venda, neste caso benefício financeiro ou para publicação dos dados de modo público, apenas seguindo um foco de caos, ou até para incremento de reputação de capacidade criminal. Outra forma ilícita seria quando o indivíduo distribui o código para uso de uma comunidade hacker para poder ser absorvido no lado obscuro da internet, não navegável por um cliente browser convencional, operada e acessada apenas por hacker e participantes que compactuam com este modo, onde se ter uma sub rede não publica dentro da rede pública Internet.

Outros conceitos de maneira ilícita que os criminosos agem.

Sniffers: se tratam aplicativos de computação, que agem em modo promiscuo, capturam todos os datagramas, também conhecidos como pacotes, e guardam em uma base de dados, sob a motivação de uma posterior análise ou estudo de comportamento de trafego, entenda trafego como conversas entre aplicações computacionais e resumidamente podemos entender como aplicações especializadas em escutar e analisar trafego de dados transportados em um canal de dados.

Este método é um dos tipos de métodos mais utilizados por atacantes ou hackers sob a motivação de espionagem ou extorsão baseado no resultado de uma análise criteriosa nos dados capturados pela aplicação.

Backdoor ou porta dos fundos: Se trata de uma aplicação que expõe uma porta remota de um computador para uma que conexão remota por um hacker ou atacante possa possivelmente ser bem sucedida, este tipo de aplicação normalmente é instalada de modo mascarado pelo próprio usuário, sem que o mesmo tenha conhecimento, e para isso, os atacantes enviam e-mails falsos se passando por amigos ou entidades que tendem a ter uma empatia mínima de confiança ou por scripts usando linguagens promiscuas, normalmente identificáveis pelas aplicações de antivírus.

Phishing: Traduzindo a partir do inglês, pescaria, se trata de uma técnica utilizada para conseguir dados de usuários, normalmente em massa, buscando conseguir atingir o maior número de usuários alcançáveis, usando páginas falsas (Normalmente sites falsos extremamente similares aos originais de modo que o usuário não tem a consciência que esta provendo dados a um sitio falso), mensagens falsas por aplicações do tipo mensagem instantânea, como o conhecido e largamente utilizado em toda américa Whatsapp, correio eletrônico, também conhecido como e-mail, recebendo as respostas destes meios.

Spear Phishing: Mesmo que o Phising (pescaria) tradicional, porém dirigido a um alvo específico, por exemplo, um presidente ou diretor de uma empresa conhecida, como se utilizasse uma isca onde apenas um peixe específico cairia.

3 LEIS CONSTITUIDAS

Resolver conflitos no mundo virtual ainda é algo novo e nem por isso os criminosos que atuam nessa área estão isentos de penas, o código penal atua de forma objetiva no artigo 163 está expresso, "destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: pena – detenção, de um a seis meses, ou multa". Crimes como a pornografia infantil, pirataria e fraude estão liderando a lista de crimes mais comuns.

Recentemente foram criadas algumas leis como a nova LGPD, Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709/2018, onde um dos objetivos, visa proteger e separar os dados gerados pelos usuários da propriedade intelectual das empresas, onde antigamente, tudo que era gerado por um funcionário era de uso exclusivo e irrestrito de uma empresa contratante, onde a mesma tinha livre acesso a auditar, manipular e catalogar os dados, sem qualquer respeito a privacidade dos dados gerados, sem qualquer respeito e de modo totalmente desordenado, um grande exemplo é que no passado um usuário computacional em uma empresa estanciada no Brasil poderia ser monitorado de modo irrestrito sem qualquer notificação ou alerta ao gerador dos dados, ou seja ao usuário do sistema computacional, de modo que a empresa contratante poderia utilizar da melhor maneira que fosse benéfico para a mesma, desrespeitando toda e qualquer modo de privacidade de um usuário de um sistema computacional.

A Lei GDPR, a qual tem previsão de início em vigência de cumprimento a partir de 2020, é uma reflexão local da Lei europeia General Data Protection Regulation (GDPR) criada e administrada pela União Europeia, a qual teve seu cumprimento obrigatório a partir de 25 de maio de 2018 e aplicável a todos os países da EU, União Europeia, e também uma reflexão da Lei CCPA, California Consumer Privacy Act, também convencionada e aplicada no ano de

2018. Outra Lei muito importante para a regulação dos critérios de uso e acessos a rede pública internet é a Lei nº 12.965/2014, denominada como Marco Civil da Internet, e esta tem como foco regular o acesso a rede pública e contendo as diretrizes para estes modos e é nesta nova lei que os atuais eventos cibernético são classificados e caso identificados como atividade criminal, se tornam passíveis de análise e julgamento para que sejam passíveis de cumprimento de uma pena junto a sociedade.

3.1 Classificações doutrinárias e se faz um apanhado daqueles crimes que podem envolver a rede mundial de computadores.

- a) Calúnia (Art. 138, do CP)– Imputar a alguém determinado fato definido como crime por meio da internet (*fakenews podem ser um exemplo*);
- b) Difamação (Art. 139, do CP)– Imputar a alguém fato, com circunstâncias descritivas, ofensivo à sua reputação, por meio da internet;
- c) Injúria (art. 140, do CP)– Ofender a dignidade ou decoro de alguém, ferindo sua honra subjetiva, por meio da internet (*cyberbulliying é um bom exemplo*); d) Ameaça (art. 147, do CP)– Intimidar alguém, com a internet, mediante promessa de mal injusto e grave (*muito comum em redes de conversa, como*

Messenger e Whatsapp);

- e) Divulgação de segredo (Art. 153, do CP)– Revelar segredos de terceiros na internet ou divulgar material confidencial de documentos/correspondências que possam causar danos;
- f) Invasão de dispositivo informático (Art. 154-A, do CP)– Violar indevidamente dispositivos de processamento, dispositivos de entrada, de saída e de processamento, ou contribuir para tal, oferecendo, distribuindo ou difundindo programa para tal;
- g) Furto (Art. 155) – Colocar os dados de outra pessoa para sacar ou desviar dinheiro de uma conta, pela internet;

- h) Furto com abuso de confiança ou mediante fraude ou destreza (art. 155, § 4º, inciso II, do CP)- Fraudes bancárias por meio de *Internet Banking* ou clonagem de cartão de *Internet Banking (CRYPTOJACKING – mineração maliciosa de criptomoedas, por meio de malware em computador alheio)*;
- i) Comentar, em chats, e-mails e outros, de forma negativa, sobre religiões e etnias e, a depender do STF, opção sexual (Art. 20, da Lei n. 7.716/89)- Preconceito ou discriminação de modo geral;
- j) Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por meio da internet, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional (Art. 247, da Lei n. 8.069/90);
- k) Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por meio de sistema de informática, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais (Art. 241-A c/c Art. 241-E, da Lei n. 8.069/90);
- l) Estelionato (Art. 171, do CP)- Promoções com furto de dados e esquemas de fraude com uso da internet, no geral;
- m) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos e medicinais (art. 273, § 1º, do CP)- Muito comum em venda irregular de medicamentos, cosméticos, insumos farmacêuticos, etc, pela Internet;
- n) Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo (Art. 208, do CP)- Zombar afrontosamente da religião alheia (*criar comunidade online que menospreze ou zombe de pessoas religiosas e religiões*);

- o) Estupro (Art. 213, do CP)– Constranger alguém, com uma chantagem por hacking de computação ou ameaça qualquer (até por uma webcam, com refém, por exemplo), a satisfazer a lascívia por videoconferência, por meio de prática de um ato libidinoso diverso de conjunção carnal;
- p) Favorecimento da prostituição (Art. 228, do CP)– Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone, usando a internet;

Ato obsceno e escrito ou objeto obsceno (Arts. 233 e 234, do CP);

Interrupção ou perturbação de serviço de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento (Art. 266, § 1º, do CP)– Modificar ou danificar um site na internet que contenha informação de utilidade pública (*defacement*);

- q) Incitação ao crime (Art. 286, do CP)– Incentivar a prática de determinado crime, por meio da internet;
- r) Apologia de crime (Artigo 287, do CP): criar comunidades virtuais (fóruns, blogs, etc) para ensinar como burlar a legislação ou divulgar ações ilícitas realizadas no passado, que estão sendo realizadas no presente ou serão realizadas no futuro;
- s) Pirataria de software (Lei 9.610/98)– Copiar dados em CDs, DVDs ou qualquer base de dados sem prévia autorização do autor;
- t) Plágio (Lei 9.610/98)– Cópia de informações veiculadas por terceiros sem a indicação da fonte;
- u) Falsificação de cartão de crédito ou débito (Art. 298, §ú, do CP);
- v) Falsa identidade virtual (art. 307, do CP)– Perfil *Fake* em redes sociais

4. METODOLOGIA

Além das pesquisas realizadas, consultei um especialista de uma empresa multinacional especializado segurança cibernética, para apoio. E validação coesão e veracidade dos fatos descritos neste artigo como método de pesquisa de campo.

4.1 Métodos de Pesquisa Foram utilizadas bibliografias físicas como livros e também acessos virtuais utilizando ferramentas de busca do tipo search engine, via entidades confiáveis, centros de pesquisas e também por bibliotecas livres, alimentado por comunidades de pesquisadores da internet, que são periodicamente reavaliadas, onde não foram utilizadas fontes recentes, apenas fontes que já passaram por ao menos uma revisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desta síntese, onde tive como objetivo demonstrar os novos mecanismos da legislação brasileira catalogando os tipos de crimes virtuais bem como os tipos de ataque e identificando o perfil dos indivíduos atacantes, expresso a superfície de ataque, ou seja, até onde os crimes virtuais são abrangentes e como isso interfere na vida das pessoas, onde todos estamos expostos enquanto conectados a grande rede internet e que sim, necessitamos de mecanismos de proteção, através de leis que nos defendam em eventos desta magnitude, onde a criminalidade virtual evolui absurdamente, onde o foco destes ataques, utilizando técnicas do tipo engenharia social e extração de dados utilizando vulnerabilidades conhecidas pela comunidade hacker, os quais não podem ser tratados como uma simples anomalia de software, também conhecida como "Bug de Sistema" ou tratada como um simples vírus. A ignorância virtual gera efeitos colaterais na sociedade onde os atacantes se aproveitam para veiculação de conteúdo ilícito, como exemplo pornografia não consentida ou pedofilia, dentre diversos outros especificados neste artigo, onde em muitos casos, utiliza-se estas informações e dados vazados como maneira de extorsão financeira e métodos de persuasão para que a pessoa atacada atenda pedidos do sequestrador de dados, pedidos aos quais nem sempre podem ser lícitos. A forma mais indicada de redução e controle de eventos desta magnitude é a conscientização através de educação ministrada por docentes e especialistas da área de segurança cibernética troca de informações entre órgãos dos diferentes entes federativos e entre estes e os provedores de serviços de internet deve ser célere, buscando-se maior celeridade na investigação criminal.

Fundamental auxílio na prestação de informação por parte dos provedores de serviço de internet e a guarda de registros. e também associado a melhoria de refinamento das leis vigentes referente que se mostram ainda muito tímidas em

relação a proporção eu o mundo virtual evolui.(Waldek Fachinelli, 2015)

Assim a privacidade dos dados pessoais é fundamental, assim como prevê a Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais do Brasil sob o nº 13.709/2018, conforme descrito também neste mesmo artigo.

REFERÊNCIAS:

Marco Civil da Internet e os Crimes Virtuais, publicado por LUDIMILA DE FREITAS SOUZA e confeccionado por ANDRÉ DE PAULA VIANA; Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51965/marco-civil-da-internet-e-os-crimes-virtuais> Acesso: 24 de nov. de 2019 KASPERSKY Security, Definição de Deep/Dark Web; Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/threats/deep-web> Acesso: 24 de nov. de 2019 WIKIPEDIA, Enciclopédia Livre: Defense Advanced Research Projects; Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Defense_Advanced_Research_Projects_Agency Acesso: 24 de nov. de 2019 WIKIPEDIA, Enciclopédia Livre: ARPANET; Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/ARPANET> Acesso: 24 de nov. de 2019 WIKIPEDIA, Enciclopédia Livre: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Geral_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_Pessoais Acesso: 24 de nov. de 2019 WIKIPEDIA, Enciclopédia Livre: Marco Civil da Internet; Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Marco_Civil_da_Internet Acesso: 24 de nov. de 2019 WIKIPEDIA, Enciclopédia Livre: ENIAC; Disponível em:

<https://pt.wikipedia.org/wiki/ENIAC> Acesso: 24 de nov. de 2019 SAFERNET: Navegar com segurança é navegar com liberdades. Disponível em: <http://new.safernet.org.br/> Acesso: 10 de ago de 2017. CASSANTI, Moisés de Oliveira. Crimes Virtuais, Vítimas Reais. Rio de Janeiro: Brasport, 2014, p.03. PINHEIRO, Emeline Piva. Crimes virtuais: uma análise de criminalidade informática e da resposta estatal. Disponível em: . Acesso em: 17 jul. 2012.

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45322/crimes-ciberneticos-nocoasbasicas-de-investigacao-e-ameacas-na-internet>

<https://renatosouza1.jusbrasil.com.br/artigos/824696564/dos-crimes-em-ambientes-virtuais>

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40>

CONSCIENTIZAÇÃO DO USO CORRETO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL PARA PREVENÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO EM PROCESSOS TRABALHISTAS

SAMUEL DAVI QUINTELA BISPO:
discente na IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO^[1]

(orientadora)

RESUMO: Os equipamentos de proteção individual são de fornecimento obrigatório por parte do empregador e uso obrigatório por parte do empregado, porém na prática estas obrigações não são cumpridas por ambas as partes. Portanto o presente trabalho busca demonstrar a necessidade do fornecimento, orientação e fiscalização ao uso de equipamentos de proteção individual, bem como os benefícios judiciais e extrajudiciais desta ação. Este trabalho surgiu a partir da observação do judiciário, pois podemos verificar os inúmeros pedidos de insalubridade em ações trabalhistas, e geralmente estes pedidos sempre prosperam positivamente ao trabalhador, pois embora todos empregadores saibam da existência dos equipamentos de proteção individual, poucos o usam e fornecem corretamente. O trabalho procura comprovar por meio de artigos, jurisprudências e súmulas que o fornecimento correto e a fiscalização dos equipamentos de proteção individual trarão benefícios a longo prazo para a organização, benefícios estes que serão abordados no decorrer do trabalho, pois o gasto com fornecimento de equipamentos de proteção individual é menor que o gasto com o pagamento do adicional de insalubridade ou com o pagamento de condenações judiciais, que sempre prosperam, pois o empregador negligencia na hora de fornecer corretamente e obrigar seu uso.

Palavras-chave: Insalubridade, Equipamentos de Proteção Individual, Trabalho.

ABSTRACT: Personal protective equipment is mandatory on the part of the employer and must be used by the employee, but in practice these requirements are not met by companies as parties. Therefore, the present research work demonstrates the need to provide, guidance and supervision to the use of personal protective equipment, as well as the judicial and extrajudicial benefits of this action. This work arose from the observation of the judiciary, as it is possible to verify the numbers of unhealthy claims in labor lawsuits, and generally these claims always prosper positively in the worker, because although all employers know about the use of personal protective equipment, only the use and use correctly. The work required to prove through articles, jurisprudence and overviews that cover the correction and inspection of

personal protective equipment will bring long-term benefits to the organization, benefits that will be used during the work, as they will be spent on equipment Individual protection is less than the expense or additional payment for unhealthy work or the payment of judicial convictions, which always thrive, because either the employer neglects to provide their use correctly and mandatory.

Key words: unhealthy. personal protective equipment. work.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 1: TRABALHO E SUAS EVOLUÇÕES. 1.1 CONCEITO E EVOLUÇÕES. 1.2 DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL. 2: HISTÓRIA DOS EPC'S E EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. 3: NORMAS REGULAMENTADORAS. 4: EPC'S E EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. 4.1 CLASSIFICAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. 5: BENEFÍCIOS DO USO CORRETO DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. 6 METODOLOGIA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Ao se observar o judiciário e seus julgados, podemos verificar a grande quantidade de pedidos de condenação em insalubridade na área trabalhista, e em sua grande parte os pedidos prosperam, pois há negligência por parte do empregador.

Essas condenações geralmente desestruturam empresas de pequeno porte, pois como se sabe, se o empregador for condenado ao adicional de insalubridade ele deverá pagar todos os meses que o empregado trabalhou sem o respectivo adicional, claro, respeitando a prescrição de 5 anos, que temos no processo trabalhista.

Este artigo demonstra que a negligência na supervisão do processo de higiene e segurança do trabalho trará responsabilidades à organização (empresa) e nos processos trabalhistas, bem como, demonstrar os benefícios do fornecimento de equipamentos de proteção individual, comprovar através de jurisprudências que o uso correto de equipamentos de proteção individual cessa em partes ou totalmente a insalubridade, porém não basta somente entregar os equipamentos de proteção individual, mas sim fornecê-los corretamente e cobrar o uso deles. Informar que os gastos com o fornecimento correto de EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL são muito menores do arcar com a insalubridade em sua totalidade, ou se responsabilizar com condenações em processos judiciais, ou seja, é uma medida preventiva.

Para adentrarmos no assunto principal desta pesquisa, primeiro é necessário um bosquejo sobre o direito do trabalho, como ele surgiu e sua constante evolução até os dias atuais.

1: TRABALHO E SUAS EVOLUÇÕES

1.1 CONCEITO E EVOLUÇÕES

Visando um conhecimento básico sobre o trabalho, nada melhor do que citar seu conceito e entendimento na visão de alguns filósofos.

O trabalho é tão antigo quanto o homem, como cita Marx “quando se fala do trabalho, está-se tratando, imediatamente, do próprio homem.” (MARX, 2004, p. 89), Engels ao estudar a sociedade e seus primórdios relata que o homem primata foi responsável pela primeira maneira de organização social. (ENGELS, 2017)

Esta organização tinha como base a coleta de alimentos, comprovando assim que inicialmente o trabalho tinha apenas um carácter de autossustentação, ou seja, o ser humano trabalhava para garantir seu alimento e sua segurança.

Nesta primeira fase denominada por Engels como “estado selvagem”, como fora dito acima o trabalho se resume a autossustentação, tudo que os povos produziam era consumido, portanto não sobrava nada para comercialização ou exploração, todos trabalhavam e usufruíam do fruto de seu próprio trabalho.

Desde então, várias formas de trabalho foram adotadas pelo homem, sempre seguindo a evolução das sociedades, como explica Marx quando discorre que toda forma de trabalho produz uma nova necessidade e gera novas possibilidades, é o que podemos ver no decorrer das evoluções do trabalho, ou seja, o homem está sempre evoluindo, buscando novas formas e instrumentos para desempenhar da melhor maneira possível o seu trabalho. (MARX, 2019).

Mais precisamente, contudo, o que caracteriza o processo de trabalho humano para Marx não é apenas o uso de ferramentas, mas também a sua criação ou fabricação, e por essa razão ele corrobora a definição de Benjamin Franklin do ser humano como „um animal que faz ferramentas “. Existe uma conexão entre a criação consciente ou deliberada e o uso das ferramentas e o fato de que somente o trabalho humano é uma atividade vital consciente. Parece que somente os seres humanos podem ter o conceito correto de uma ferramenta, e,

assim, fazer ou utilizar essas ferramentas com uma explícita consciência de

fazê-lo, porque somente a pessoa tem um conceito da própria atividade produtiva, entendendo que ela pode se diferenciar de outros processos naturais, e conscientemente opor-se eles. (WOOD, 2004, p.33).

Neste sentido comentou Wood, afirmando e simplificando toda a teoria de Marx a respeito da necessidade e conseqüente evolução do homem e seus instrumentos de trabalho.

Ainda nesta primeira fase o homem começou a analisar suas necessidades de acordo com a proporção do trabalho, e a partir daí surgiram os primeiros instrumentos desenvolvidos pelos trabalhadores. (ENGELS, 2017)

Instrumentos que ajudaram o homem a perceber que o trabalho não precisava apenas servir para seu próprio sustento, mas poderia ser utilizado como moeda de troca e para produzir riquezas.

A partir do momento em que as produções se tornaram excedentes o homem passou a explorar o outro, aparecendo assim a figura do escravo, pois haviam confrontos em busca de domínio, força e poder, e a tribo vencedora, passava a exercer poder sobre a tribo vencida, gerando assim uma relação de escravidão, onde o escravo prestava sua mão de obra ao senhorio sem qualquer direito, jornada pré-definida ou remuneração. (MARX e ENGELS, 2009)

Temos então o primeiro marco histórico, o período do escravismo.

Adiante veremos os outros dois marcos históricos do trabalho, completando assim as três épocas, a do escravismo, feudalismo e capitalismo.

Já na idade média os Senhores Feudais ofereciam proteção política, feudal, salário, arrendamentos e moradia aos servos em troca da mão de obra, que era realizada por camponeses, porém a falta de direitos fundamentais aos trabalhadores ainda era evidente. (PIRENNE, 1982)

Já durante a revolução industrial o “patrão” buscava sempre pagar o menor salário possível, enquanto se aproveitava ao máximo do trabalhador, que geralmente tinha jornadas gigantescas e péssimas condições de trabalho, este fato de querer sempre acumular riquezas é extremamente criticado por Karl Marx em seu livro Manuscritos econômicos filosóficos de 1844.

Importante citar que com o advento das máquinas, os acidentes de trabalho aumentaram significativamente.

Porém não havia nenhuma “luz no fim do túnel”, vez que a não intervenção do Estado e o liberalismo econômico contribuíram para essa grande desigualdade entre empregador e empregadores, em consequência, surgiu grande indignação social, que acabou gerando uma crise que obrigava a intervenção do Estado nas relações de trabalho, visando diminuir a desigualdade e assegurar os direitos básicos dos trabalhadores.

Portanto, a partir daí se deu início ao processo de nascimento do direito do trabalho.

Como cita Costa, Helcio Mendes, 2010, foi nesta época da revolução industrial que a razão econômica fez surgir o direito do trabalho.

O direito do trabalho é produto do capitalismo, como dispõe DELGADO, 2017, pág. 89.

DELGADO 2017, divide o direito do trabalho em 4 períodos, classificados por ele como: formação, intensificação, consolidação e autonomia.

Esta primeira fase ocorreu entre 1802 e 1848, onde seu momento inicial fora na Inglaterra, com a lei de *peel*, nesta fase o que marcou foi a proibição do trabalho por crianças, após, de 1848 à 1890, vimos os primeiros debates visando assegurar os direitos básicos dos trabalhadores, o manifesto comunista de Engels e Marx publicado em 1848 teve grande importância no surgimento do direito do trabalho, bem como os resultados da Revolução francesa de 1848 e a instauração da liberdade de associação e a criação do ministério do trabalho. A terceira fase, denominada como consolidação foi marcada pela conferência de Berlim que ocorreu em 1890, reconhecendo uma série de direitos trabalhistas. Por fim, a última fase, a autonomia, que teve seu início em 1919, e seus marcos são a constituição do México (1917) e da Alemanha (1919). (DELGADO, 2017)

Como podemos ver, em seu início o direito do trabalho passou a regular as relações de trabalho e criar mecanismos para proteger a parte mais fraca, a partir de então este direito vem evoluindo, sempre visando diminuir a desigualdade e proteger os direitos do empregado.

1.2 DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Como seguimos as normas brasileiras, nada mais justo do que desdenhar a origem desta vertente do direito no Brasil.

O Brasil é um país de origem colonial, de economia essencialmente agrícola e um sistema econômico construído em torno da escravidão, portanto, somente após 1888 que ocorreu a abolição da escravatura é que se pode falar sobre a consolidação histórica do direito do trabalho, DELGADO, 2017, pág. 114.

É de conhecimento de todos que em qualquer relação de escravidão não há nenhum direito resguardado.

Portanto, temos como marco inicial a lei Áurea, pois foi ela quem estimulou a relação de emprego, não que antigamente não havia relações de emprego, mas, como a escravidão fora extinta, toda forma de prestação de serviços deveria ter uma relação de emprego. DELGADO, 2017, pág. 115.

O período de 1888 a 1930 foi importante para a evolução do direito do trabalho no Brasil, foi uma época de manifestações incipientes ou esparsas, esta época deu resultado a várias legislações, como a legislação acidentária do trabalho (Lei n. 3.724, de 15.1.1919) e a que concedia férias (15 dias anuais) aos empregados de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários (Lei n. 4.982, de 24.12.1925). DELGADO, 2017, pág. 117.

Logo após este período veio a fase da institucionalização do direito do trabalho, foi nesta época, em 1930 que se criou o ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, aqui se iniciou a elaboração das leis trabalhistas, e em 1943, após 13 anos de discussão, nasceu a CLT (consolidação das leis do trabalho), com o intuito de unificar a legislação trabalhista brasileira. DELGADO, 2017.

Temos também em 1966 a criação do fundacentro, com o objetivo de estudar e avaliar os principais problemas trabalhistas, assim como apontar possíveis soluções e em 1978 foram aprovadas as normas regulamentadoras de segurança no trabalho, as famosas nrs, que trataremos mais a frente. DELGADO, 2017.

A partir da criação do ministério do trabalho e após a constituição federal de 1988 o direito do trabalho passou pela “transição democrática justtrabalhista” e este ramo do trabalho está em constante evolução até a atualidade.

2: HISTÓRIA DOS EPC'S E EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

Quando se ouve falar em EPC'S ou EPI'S, pensamos estar falando em um assunto recente, porém o uso de EPI'S vem desde o princípio da humanidade, claro, não da maneira que conhecemos hoje, mas sim como formas grosseiras de se defender, pois assim como o trabalho é inerente ao homem, o instinto de sobrevivência também é, e para isso é necessária a devida proteção, podemos por exemplo analisar o homem primata, que visando sua proteção se vestia com peles grossas de animais, outro exemplo são os cavaleiros da idade média, com aquelas armaduras utilizadas em batalhas, todos sempre evoluindo de acordo com a necessidade, comprovando o narrado em "a ideologia alemã" MARX, 2019.

Contudo, a evolução dos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, mundialmente se deu somente após a revolução industrial e a 1ª guerra mundial.

No Brasil, apenas após 13 anos da fundação do ministério do trabalho, indústria e comércio, "nasceu" a CLT. DELGADO, 2017

Em 1966 o FUNDACENTRO foi criado, visando criar soluções para os principais problemas causados no trabalho. DELGADO 2017

Em 1978 foram criadas as famosas "NRs" as normas regulamentadoras do direito do trabalho. DELGADO, 2017.

3: NORMAS REGULAMENTADORAS

As NRS (normas regulamentadoras) são um conjunto de 36 normas que visam prevenir acidentes e buscam preservar a saúde dos trabalhadores.

Estas normas devem ser seguidas por todos que estão ligados ao regime da CLT.

A grande questão é na hora de cumpri-las.

A NR1 já dispõe sobre o cumprimento das normas, qualquer empresa, seja ela privada ou pública, que tem empregadores contratados pelo regime da CLT, deve obrigatoriamente cumpri-las. A inspeção da SST é encargo dos integrantes do ministério do trabalho.

O empregador deve não somente fornecer os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, ou cumprir as normas regulamentadoras, deve também exigir seu cumprimento pelos empregados.

O empregado deve utilizar de forma correta os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, usando-os para os fins que se destinam.

Quando o empregado não cumpre com suas obrigações fica caracterizado um ato faltoso.

Algo que deve ser adotado pelo empregador e infelizmente não se vê muito é advertir os empregados que não utilizam os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL.

Cristopher Dejours em seu livro psicopatologia do trabalho já cita a resistência dos empregados quanto a admitir que estão doentes, trata-se de uma vergonha para o empregado estar doente, portanto, para que o empregado busque um médico é necessário que a situação esteja bem grave, a ponto de não conseguir mais trabalhar. Portanto, a resistência dos trabalhadores quanto ao uso de EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL resta evidente, pois seu uso gera desconforto e uma imagem de fragilidade.

Justamente para que o empregado não venha a deixar de usar os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL as NR'S deixam a dispor do empregador algumas sanções que podem ser utilizadas, tais como o ato faltoso, que pode levar à uma justa-causa, quando presentes os seguintes elementos dispostos no art. 482 "e" e "h" da CLT.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

A NR 6 dispõe sobre os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, indicando como eles devem ser fornecidos, contendo o CA (CERTIFICADO DE APROVAÇÃO) e a finalidade do seu uso.

4: EPC'S E EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

Visando a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, e suas atribuições foram criados os EPC'S (equipamentos de proteção coletiva) e EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (equipamentos de proteção individuais).

Os EPC'S, como o próprio nome já diz, são medidas que visam proteger vários trabalhadores ao mesmo tempo, prevenindo futuras doenças ou acidentes provenientes do trabalho. Vale ressaltar que essas providências incluem qualquer dispositivo, sinal, imagem, som, equipamento ou instrumento que seja destinado a proteção coletiva.

São alguns exemplos de EPC'S as seguintes medidas: limpeza ou substituição de filtros de ar condicionado ou tubulações, instalação de para-raios, corrimão de escadas, placas que avisam que o piso está molhado, exaustores de gases, pisos antiderrapantes, entre outros.

Diversas são as vantagens e benefícios que a aplicação correta dos EPC'S traz, pois reduzem acidentes de trabalho, melhoram as condições de trabalho e sua eficácia, bem como melhoram a eficácia e qualidade nas atividades.

A partir do momento que os equipamentos coletivos não puderem mais eliminar totalmente o risco à saúde dos trabalhadores, os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, entram em cena.

Os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL devem ser escolhidos por profissionais especializados e de acordo com a atividade executada.

4.1 CLASSIFICAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

É importante citar que equipamento individual deve possuir um CA (Certificação de Aprovação) do Ministério do Trabalho.

Os EPI'S são classificados de acordo com a parte do corpo que eles protegem.

Cabeça: Proteções para o crânio e rosto, são exemplos os diversos capacetes e protetores faciais.

Olhos e nariz: Máscaras e óculos.

Ouvidos: Protetores auditivos, ex: concha de proteção ou plugs de inserção.

Braços, mãos e dedos: Luvas, mangotes e pomadas protetoras.

Tronco: Aventais e vestimentas especiais.

Pernas e pés: Botas, perneiras e sapatos de segurança.

Corpo inteiro: Cintos de segurança contra quedas ou impactos.

Como dito anteriormente, é obrigação do empregador fornecer gratuitamente o EPI adequado à atividade do empregado, e quando este for extraviado ou danificado, deverá fornecer imediatamente um novo. E por fim, obrigar os empregados a usá-los.

Porém, analisando as pequenas empresas, podemos ver que o empregador fornece corretamente o EPI, só que é negligente na hora de registrar e obrigar seu uso.

Como visto nas NRS, não basta apenas fornecer, é necessário obrigar seu uso, utilizando-se principalmente dos meios de sanções previstas, tal como advertir os trabalhadores e em casos recorrentes até a justa causa.

Assim como os empregadores têm responsabilidades os empregados também, cabe a eles o uso correto de seus equipamentos, utilizando-os apenas para os fins devidos, devem guardá-los e conservá-los, e por fim, sempre que haja alguma alteração que torne o EPI impróprio para o uso o empregado deverá comunicar ou empregador e solicitar um novo.

5: BENEFÍCIOS DO USO CORRETO DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

O Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS, 2017), publicado pelo Ministério da Fazenda (MF/DATAPREV), mostra que em 2017 ocorreram cerca de 549 mil acidentes de trabalho que foram notificados ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), destes milhares de acidentes foram registrados 2096 óbitos.

A segurança de qualquer ambiente de trabalho, depende do EPI, quando as medidas de ordem geral e EPC's não oferecem proteção completa ao trabalhador (como previsto pela NR 06), o uso do EPI é obrigatório, para manter a integridade física do empregado reduzindo lesões e afastamentos, protegendo ele de quaisquer riscos que sua ocupação possa fornecer.

O não uso, ou uso irregular do EPI só aumenta as chances de um trabalhador se ferir em algum acidente de trabalho, só isso já demonstra a importância do fornecimento e da manutenção destes equipamentos.

Além dos diversos benefícios que o uso correto dos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL traz para os empregados e sua saúde, vemos os benefícios para o empregador, pois seu uso correto pode poupá-lo de multas e condenações em diversas áreas do direito, bem como reduzir a insalubridade ou até cessá-la, é o que será abordado a seguir.

Como cita a doutrinadora Carla Tereza Martins Romar em seu livro Direito do Trabalho Esquemático:

“Assim, adotando o empregador medidas de proteção no ambiente de trabalho, fornecendo equipamentos de proteção individual (EPIs) e implantando medidas coletivas de proteção, poderá neutralizar ou eliminar a atuação de agentes insalubres, de sorte que o empregado não mais fará jus ao adicional. No entanto, se mesmo com a adoção de medidas de proteção a insalubridade não puder ser eliminada ou neutralizada, mas a adoção das medidas de proteção no ambiente de trabalho minimizem o impacto do agente agressor à saúde dos trabalhadores e, conseqüentemente, diminuam o grau de insalubridade, o adicional poderá ser pago no valor correspondente a esta nova condição. Portanto, eliminada a insalubridade, poderá o empregador deixar de pagar o respectivo adicional, visto que, cessada a causa, cessará o efeito. Diminuído o grau de insalubridade, o empregador poderá pagar adicional em valor menor.”

Ainda neste sentido disciplina a súmula 80 do TST “A eliminação da insalubridade, pelo fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo, exclui a percepção do adicional respectivo.”

Com embasamento na súmula acima citada, bem como a 289 do TST temos o seguinte acórdão do TRT da 17ª região

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. NEUTRALIZAÇÃO DO AGENTE NOCIVO. USO DE EPI's. INDEVIDO. Se, por um lado, é certo que o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade (súmula 289 do TST), por outro, a eliminação da insalubridade mediante fornecimento de EPI's exclui a percepção do respectivo adicional (súmula 80 do TST). Quando a prova pericial indica que a saúde do trabalhador está resguardada pelo fornecimento e uso efetivo de EPI's, não há fundamento para a condenação ao pagamento de adicional de insalubridade. (TRT 17ª R., RO 0168100-41.2013.5.17.0008, Rel. Desembargador Marcello Maciel Mancilha, DEJT 16/06/2015). (TRT-17 - RO: 01681004120135170008, Relator: DESEMBARGADOR

MARCELLO MACIEL MANCILHA, Data de Julgamento: 11/06/2015, Data de Publicação: 16/06/2015)

Ainda:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PROVA TÉCNICA. PREVALÊNCIA DA CONCLUSÃO DO LAUDO MANTIDA À MÍNGUA DE ELEMENTOS CONTRÁRIOS. Tratando-se de matéria técnica, o juiz, embora não adstrito ao laudo, somente recusará a conclusão do expert se houver razões suficientes para tanto. Assim, apresentando o laudo pericial elementos contundentes no sentido de que houve a eliminação da insalubridade mediante fornecimento de EPI's necessários, e à míngua de qualquer evidência contrária, deve ser mantida a sentença de origem que indeferiu o pleito. (TRT 17ª R., RO 0000386-74.2015.5.17.0141, 2ª Turma, Rel. Desembargadora Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi, DEJT 28/09/2016).

(TRT-17 - RO: 00003867420155170141, Relator: WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, Data de Publicação: 28/09/2016)

Bem como:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MERO FORNECIMENTO DE EPI'S. INEFICÁCIA.SÚMULA 289 DO C. TST. Nos termos da Súmula 289 do C. TST, o mero fornecimento de equipamentos de proteção individual ao empregado revela-se ineficaz para o efeito de isentar o empregador de pagar ao obreiro o adicional de insalubridade, pois somente sua efetiva utilização é que pode neutralizar os efeitos do agente nocivo. Recurso Ordinário improvido, no aspecto.

(TRT-2 - RECORD: 792200649202006 SP 00792-2006-492-02-00-6, Relator: ANELIA LI CHUM, Data de Julgamento: 08/06/2010, 5ª TURMA, Data de Publicação: 18/06/2010)

Finalizando:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. COMPROVADA A DIMINUIÇÃO DA INTENSIDADE DO AGENTE AGRESSOR A

LIMITES DE TOLERÂNCIA. ART. 191, INCISO II, DA CLT. Discute-se, no caso, se o fornecimento de EPIs que diminuam a exposição do trabalhador ao agente insalubre seria suficiente para afastar o direito ao adicional de insalubridade. Na hipótese, consta do laudo pericial que, -na função de agente montador, o reclamante estava exposto a um nível de ruído de 90,0 dB (A), acima do limite de tolerância, que é de no máximo 85 dB (A), nos termos do anexo I, da NR 15- . Contudo, o próprio perito ressaltou no laudo pericial que, -em razão do uso de protetores auriculares, de CA 5745 e 14471, o autor passou a se expor a um nível de ruído abaixo do nível de tolerância, considerando que esses equipamentos possuem índice de atenuação de 17,0 e 10,0 dB (A), restando assim, descaracterizada a insalubridade por ruído também pelo período em que laborou na função de mecânico montador- . Verifica-se, portanto, ter ficado provado nos autos que a reclamada forneceu EPIs ao reclamante, os quais tinham a capacidade de diminuir a exposição do empregado ao ruído aos níveis de tolerância previsto em norma regulamentar. Registra-se a jurisprudência prevalecente nesta Corte superior, consubstanciando na Súmula nº 289 do TST, in verbis : - INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado- . Infere-se do teor da Súmula nº 289 do TST, que de fato o mero fornecimento do EPI ao trabalhador não elide o direito ao adicional de insalubridade. Todavia, a situação dos autos não consiste em mero fornecimento de EPI, porquanto o perito expressamente constatou e consignou no laudo pericial que os protetores auriculares utilizados pelo reclamante diminuam a intensidade do ruído a ponto descaracterizar a insalubridade no exercício da função de mecânico montador. Desse modo, o Regional, mesmo diante da comprovação de que o reclamante dispunha de EPIs, fornecidos pela reclamada, que diminuía a exposição ao agente insalubre aos níveis de tolerância, decidiu em desacordo com o art. 191, inciso II, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido . INTERVALO

INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. NATUREZA JURÍDICA . Nos termos da Súmula nº 437, item I, do TST (antiga Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1 desta Corte), a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% do valor da remuneração da hora normal de trabalho (artigo 71 da CLT). Dessa forma, abolida a parte do intervalo destinado ao repouso e à alimentação do empregado, deve ser pago a ele, como extra, todo o período mínimo assegurado por lei, com adicional de horas extraordinárias, e não apenas o período remanescente. Ademais, encontra-se pacificado, no âmbito desta Corte, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 354 da SBDI-1 desta Corte, convertida na Súmula nº 437, item III, o entendimento de que a parcela paga a esse título possui natureza salarial, repercutindo, portanto, no cálculo das demais verbas salariais. Recurso de revista não conhecido .

(TST - RR: 4951820115090411 495-18.2011.5.09.0411, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 18/09/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013)

A súmula 289 do TST é bem simples e autoexplicativa, como se pode ver “O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado”

O acórdão acima demonstra como é importante que o empregador esteja em dia com a legislação e forneça corretamente os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, por conta de sua boa administração não foi condenado ao adicional de insalubridade, que em regra é 20% do salário mínimo, e o empregado tem direito, se for concedido este adicional ao pagamento das verbas dos últimos 5 anos, obedecendo a prescrição trabalhista.

Para empresas pequenas o fornecimento correto dos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL e sua obrigação pode salvar a pessoa jurídica, pois condenações jurídicas em diversas áreas e especialmente em insalubridade, que é o assunto abordado neste artigo geralmente apresentam um valor significativo para empresas geralmente de natureza familiar ou de pequeno porte.

Para pequenos empresários compensa investir no fornecimento correto dos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, do que pagar ao adicional de insalubridade, como visto acima, os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL podem cessar por completo ou diminuir o grau de insalubridade ao qual o empregado é exposto.

É bem mais rentável para o empregador fornecer os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL e cessar a insalubridade em partes ou totalmente.

Para que isso ocorra é necessário que o empregador tenha algum funcionário responsável pela medicina e segurança do trabalho.

Apesar de ser possível controlar a exposição do trabalhador ao risco fazendo uso de EPI, o simples fornecimento do EPI não elimina da empresa a obrigação do pagamento do adicional de insalubridade. Para eliminar o adicional é necessário comprovar que o uso é eficaz (ou seja, controla ou neutraliza o agente agressivo).

Os registros que comprovam o treinamento dos funcionários, fichas de entrega de EPIs devidamente preenchidas, entregar EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL com CA (certificado de aprovação), são formas efetivas de comprovar que o uso tem acontecido de fato. E o mais importante, fazer testes com o EPI (se for possível).

Para ficar claro que estas medidas apresentadas acima devem ser cumpridas, e que geram a diminuição ou cessam por completo o direito ao adicional de insalubridade, foram separados alguns acórdãos para demonstrar o que é falado neste trabalho.

A importância da empresa contar com fichas que comprovem a entrega dos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL devidamente assinadas fica clara no seguinte acórdão:

RECURSOS DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA (MONSATEC CALDERARIA LTDA.) E DA SEGUNDA RECLAMADA (EDGEL INDUSTRIAL LTDA.). ANÁLISE CONJUNTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EPIS. FICHAS DE CONTROLE. CERTIFICADO DE APROVAÇÃO EMITIDO PELO MTE. A exigência da documentação referente à entrega dos EPIs, bem como do Certificado de Aprovação dos Equipamentos de Proteção Individual expedido pelo órgão legalmente competente não se revela medida irrelevante. O Certificado de

Aprovação é um atestado expedido pelo MTE que garante a qualidade e funcionalidade dos EPIs, que somente poderão ser postos à venda ou utilizados com a indicação do CA. Portanto, disponibilizar os citados equipamentos sem a documentação referente à entrega e à sua qualidade enseja o pagamento do adicional de insalubridade. Recursos de Revista não conhecidos. (TST - RR: 21738620125030092, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 29/04/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015)

Ainda:

NULIDADE POR CERCEAMENTO. PROVA TESTEMUNHA. ENTREGA DE EPI. INOCORRÊNCIA. É Desnecessária a oitiva da testemunha, para comprovação de entrega de EPI, uma vez que as fichas de controle são o instrumento hábil para tanto, conforme obrigado o empregador o item 6.6.1, h, da NR-6). Se a lei exige do empregador a documentação das entregas de EPI, sua omissão não pode ser suprida por prova testemunhal, mormente quando a discussão resume-se ao prazo de validade do EPI, cuja anotação do CA - Certificado de Aprovação possibilita aferir. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. RECONHECIMENTO JUDICIAL. EMISSÃO DE NOVO PERFIL PROFISSIONÁRIO PREVIDENCIÁRIO - PPP. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR. O art. 58, § 4º, da Lei n. 8.213/91 estabelece a obrigação da empresa em manter o perfil profissionário do trabalhador. Portanto, qualquer alteração nas condições de trabalho do empregado, inclusive aquelas reconhecidas judicialmente, autorizam a emissão de novo documento previdenciário.

(TRT-12 - RO: 00001767320145120019 SC 0000176-73.2014.5.12.0019, Relator: ALEXANDRE LUIZ RAMOS, SECRETARIA DA 3A TURMA, Data de Publicação: 25/07/2017)

Por fim:

INSALUBRIDADE - CABIMENTO DO ADICIONAL - AUSÊNCIA DE PROVA DA ENTREGA DOS EPI'S DURANTE TODO O CONTRATO. Uma vez que a reclamada não demonstrou, como lhe competia, a entrega dos equipamentos de proteção

capazes de neutralizar os efeitos do agente insalubre durante todo o pacto, cabível a condenação no adicional respectivo, devendo a condenação, contudo, resumir-se ao lapso em que não restou comprovado o fornecimento das luvas e macacões capazes de neutralizar os efeitos das substâncias químicas apontadas pela perícia (EPICLORIDRINA e SOLVENTE), conforme se apurar em execução.

(TRT-7 - RO: 00005650620185070036, Relator: JEFFERSON QUESADO JUNIOR, Data de Julgamento: 05/08/2019, Data de Publicação: 07/08/2019)

Analisando o acórdão acima fica claro que o empregador precisa seguir todos os passos na hora de fornecer os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, pois nos casos acima colacionados podemos ver que o empregador entregou EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL com o devido CA, porém, não apresentou uma documentação que comprovasse a entrega dos mesmos, portanto, foi condenado ao pagamento do adicional de insalubridade.

No segundo caso, o advogado da reclamada até tentou comprovar a entrega por meio testemunhal, porém o Juiz negou, afirmando que a lei exige que o empregador tenha as fichas de comprovação, sendo o único meio de se comprovar a entrega dos respectivos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL.

O seguinte acórdão demonstra a importância do uso de EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL com C.A:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EPIS SEM CERTIFICADO DE APROVAÇÃO. ART. 167 DA CLT. A eliminação da insalubridade pelo fornecimento e utilização de EPIs exige a demonstração de certificação de aprovação de tais equipamentos. Ônus que compete ao empregador, não restando suprida pela confissão ficta do reclamante, pois pertinente à prova técnica, e não quanto a fatos. Recurso do reclamante provido em parte para deferir adicional de insalubridade. (TRT-4 - RO: 00215619520155040203, Data de Julgamento: 13/03/2018, 5ª Turma)

Ainda:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CERTIFICADO DE APROVAÇÃO DO EPI. ÔNUS DA PROVA Não é relevante

constar da ficha de fornecimento do equipamento de proteção individual - EPI - o número do certificado de aprovação-CA, mas é encargo patronal trazer para aos autos essa prova para permitir a averiguação da eficácia na neutralização do agente insalubre, sob pena de prevalecer conclusão pericial em sentido contrário.

(TRT-12 - RO: 00011942420125120012 SC 0001194-24.2012.5.12.0012, Relator: MARIA DE LOURDES LEIRIA, SECRETARIA DA 3A TURMA, Data de Publicação: 27/08/2013)

Como visto nos julgados acima, o ônus da prova pertence ao empregador, portanto é necessário que ele não negligencie quanto ao fornecimento de EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL com o devido CA, e o mais importante, comprove que forneceu o equipamento correto, comprovando assim, a eliminação do agente insalubre, sem a necessidade de se fazer prova pericial.

De acordo com a CLT a insalubridade cessará ou diminuirá nas seguintes hipóteses

Art. 191 – A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:

I – com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

II – com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

Na primeira hipótese podemos ver claramente que se trata da implantação dos EPC'S e na segunda se trata dos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL.

Súmula nº 248 do TST “A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.”

Como podemos ver nos casos colacionados, os empregadores são condenados ao pagamento do adicional de insalubridade por conta da própria negligência.

Não é algo de outro mundo seguir os passos para que se consiga a eliminação ou neutralização do adicional de insalubridade.

Os empregadores precisam se conscientizar e investir no fornecimento correto dos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, pois a longo prazo os benefícios à organização serão imensos.

Os benefícios vão desde os empregados saudáveis, até uma economia considerável nas contas da empresa, pois sai bem mais barato fornecer de modo correto os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL do que pagar os adicionais de insalubridade aos empregados.

6 METODOLOGIA

Para este artigo, foram usados os seguintes métodos de pesquisa: livros, artigos, leis, julgados e jurisprudências, todos com a finalidade de comprovar o tema da pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, resta comprovado que o fornecimento e fiscalização dos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL traz benefícios, tanto ao empregador quanto ao empregado, como podemos ver nos casos colacionados, os empregadores são condenados ao pagamento do adicional de insalubridade por conta da própria negligência.

Não é algo de outro mundo seguir os passos para que se consiga a eliminação ou neutralização do adicional de insalubridade, entretanto, os empregadores precisam se conscientizar e investir no fornecimento correto dos EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, pois a longo prazo os benefícios à organização serão imensos, vão desde os empregados saudáveis, e protegidos de eventuais acidentes, até uma economia considerável nas contas da empresa, pois sai bem mais barato fornecer de modo correto os EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL do que pagar os adicionais de insalubridade aos empregados.

REFERÊNCIAS

Anuário Estatístico da Previdência Social, disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-lei no 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

CAMISASSA, Mara Queiroga. NRs 1 a 36 comentadas e descomplicadas. São Paulo: Método, 2015.

COSTA, Helcio Mendes. A Evolução Histórica do Direito do Trabalho, Geral e no Brasil. Juris Way, Belo Horizonte, out/2010. Disponível em: <http://http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4553>. Acesso em: 18 de mar. 2020.

CURADO, Ana Carolina de Castro; SOUZA, Rafaela Castelhana de. Legislação Segurança e Medicina do Trabalho: Segurança e saúde no trabalho. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S/A., 2016, 208 p.

DEJOURS, Cristopher. A Loucura do Trabalho: Estudo de Psicopatologia do Trabalho. 5ª ed. ampl. 12ª reimpr. São Paulo: Cortez, 1987.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo : LTr, 2017

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A IDEOLOGIA ALEMÃ. 2. ed. SÃO PAULO: WMF MARTINS FONTES, 2019.)

PIRENNE, H. História econômica e social da Idade Média. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ROMAR, Carla Teresa Martins; LENZA, Pedro. Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado®)

TRT 17 RECURSO ORDINÁRIO: RO 16810041.2013.5.17.0008 Relator: Desembargador Marcello Maciel Mancilha DJ: 11/08/2015 JUS BRASIL 2015. Disponível em: <<https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/414196785/recurso-ordinario-ro-1681004120135170008?ref=serp>> Acesso em: 04 nov. 2019.

TST RECURSO DE REVISTA: RR 2173-86.2012.5.03.0092 Relator: Maria de Assis Calsing, DJ: 29/04/2015 JUS BRASIL 2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186852197/recurso-de-revista-rr-21738620125030092?ref=serp>> Acesso em: 04 nov. 2019.

TRT 4 RECURSO ORDINÁRIO: RO 0021561-95.2015.5.04.0203 Relator: 5ª turma, DJ: 13/03/2018 JUS BRASIL 2018. Disponível em: < [Boletim Conteúdo Jurídico n. 965 de 04/07/2020 \(ano XII\) ISSN - 1984-0454](https://trt-</p></div><div data-bbox=)

4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/555865991/recurso-ordinario-ro-215619520155040203?ref=serp> Acesso em: 04 nov. 2019.

TRT 17 RECURSO ORDINÁRIO: RO 0168100-41.2013.5.17.0008 Relator: Marcello Maciel Mancilha, DJ: 11/06/2015 JUS BRASIL 2018. Disponível em: < <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/414196785/recurso-ordinario-ro-1681004120135170008?ref=serp> > Acesso em: 05 nov.2019.

WOOD, Allen W. Karl Marx: arguments of the philosophers. 2.ed. New York: Routledge, 2004

NOTAS:

[1] Docente na IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ASPECTOS JURÍDICOS DA PENSÃO COMPENSATÓRIA ENTRE OS EX-CÔNJUGES NO ENTENDIMENTO DO STJ

FRANCISCO CARLOS ALVES SIMÃO FILHO:

Bacharelado no curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano De Manaus (ULBRA)

RESUMO: O presente projeto de pesquisa, busca um melhor direcionamento para a pensão compensatória demonstrando que o equilíbrio financeiro, econômico e social de ambos os consortes poderá ser avaliado e, quando bem conduzido, encontrar a melhor forma de evitar o desequilíbrio financeiro entre os consortes. Da mesma não se avaliou que, a pensão compensatória trata não somente da necessidade de uma das partes, mas vela pelo equilíbrio entre os ex-cônjuges, buscando sempre o lado socioeconômico.

PALAVRAS CHAVES: Equilíbrio financeiro, Desequilíbrio, Pensão Compensatória, consortes, Direitos Adquiridos.

ABSTRACT: The present research project seeks the direction of a better direction for the compensatory pension, demonstrating that the financial, economic and social balance of both consorts can be assessed and, when well conducted, find the best way to avoid the financial imbalance between the members. consortes. It was not assessed that the compensatory pension deals not only with the need of one of the parties, but also ensures the balance between the ex-spouses, always looking for the socioeconomic side.

KEYWORDS: Financial balance, imbalance, compensatory pension, consortes, acquired rights.

1 INTRODUÇÃO

O final do casamento ou a dissolução da união estável tem gerado em alguns casos, consequências que necessitarão, por vezes, da ajuda jurídica e que por certo chegará até os tribunais. Desta forma, buscou-se neste trabalho, analisar os aspectos da pensão compensatória entre os ex-cônjuges após a dissolução do relacionamento, seja ele casamento ou união estável. Ressalta-se que apesar da escassa jurisprudência sobre o assunto, a verificação do desequilíbrio financeiro, causando um empobrecimento de qualquer um dos consortes, torna-se de acordo com o bastante para o início da ação. O fim do relacionamento traz à tona a discussão sobre esse tema, todavia, o mesmo carece de previsão legal, tendo assim de ser incorporado ao âmbito da doutrina da família.

De acordo com Figueiredo (2015, p.).

Nesse sentido foi o voto do Des. Arnaldo Camanho de Assis, em 25 de maio de maio de 2011, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 20110020035193AGI, perante a 4ª turma Cível do Tribunal de Justiça no Distrito Federal e em Territórios Acórdão 508.103: havendo efetivo desequilíbrio na partilha do patrimônio, esse fato indica a possibilidade de haver suporte ao pedido de fixação de alimentos que a doutrina vem chamando de " compensatórios ", que prestam a corrigir tal desequilíbrio. Por essa mesma trilha já percorrer a 6ª Turma Cível do mesmo Tribunal ao julgar o Habeas Corpus nº 2009.00.2.013078-86 em 21 de outubro de 2009, que transcreve lição de Maria Berenice Dias: " Produzindo a separação ou o divórcio desequilíbrio econômico entre o casal em comparação com o padrão de vida de que desfrutava a família, cabível a fixação de alimentos compensatórios".

Sendo assim, a pensão deve ser prestada pelo cônjuge, mesmo que seu consorte tenha meios de manter-se e, quando o outro houver comprovado de incapacidade laboral permanente, provando que ao fim do relacionamento, seu padrão socioeconômico sofreu mudanças. O que gera discordância e questionamentos como: É correto o pagamento da pensão compensatória ao ex-cônjuge de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ?; Pensão compensatória ao ex-cônjuge, até quando pagar ?; quais fatores geram obrigatoriedade da pensão compensatória de acordo com STJ?; A pensão compensatória entre os ex-cônjuges é permanente?

Para tanto, este trabalho destina-se a trazer-nos melhores esclarecimentos sobre esse assunto e tentar-se-á encontrar um caminho mais claro sobre o mesmo.

2 HIPÓTESES

De acordo com o **código civil brasileiro**, para que se receba benefícios como o da pensão alimentícia de alimentos e etc, é necessário que se comprove a necessidade para tal, já que esta possui natureza assistencialista, isto é, quando da separação entre os consortes do relacionamento necessitam do amparo. O fato é

que, quando um dos cônjuges comprovarem que não possuem condições de arcar com seu sustento e que, no momento, está incapaz de ingressar no mercado de trabalho, abrase-se a jurisprudência e, neste caso, o reclamante terá o direito de gozar da pensão alimentícia, direito este que decorre do artigo 1.566, inciso III, do código civil brasileiro e no entendimento majoritário do **STJ (Resp. 1370778/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2016, Dje. 04/04/2016)**.

Com as mudanças constitucionais de família, esta obrigação de prestar alimentos pode ser pleiteada tanto pelo marido, quanto pela mulher, pois, de acordo com o princípio da igualdade, onde ambos possuem direitos iguais e não há diferença entre os sexos, seja ele masculino ou feminino.

A regra em geral, era de que com o fim do relacionamento o marido devesse prestar, assistencialmente, a ajuda de alimentos à mulher, todavia, com a igualdade de direitos aos cidadãos brasileiros e, neste caso, entre os ex-companheiros, estabelecida no artigo 5º, I, da Constituição Federal (C.F), nada impede que o marido, ao final do casamento ou união estável, formule o pedido de alimentos à ex-mulher.

O cônjuge poderá pleitear a pensão alimentícia, desde que não tenha condições de arcar com seu sustento e comprove suas necessidades em cumprimento ao artigo do código civil e assim, demonstrando suas necessidades possa usufruir dos benefícios da lei.

Entende-se então, a total importância do pagamento da pensão alimentícia, tanto para um como para o outro, haja visto que não há outra forma de solucionar o problema, até que o credor se recupere ou obtenha condições para se reerguer no mercado de trabalho e possa auto sustentar-se. O objetivo é de assegurar ao beneficiário tempo hábil para que se integre novamente no mercado de trabalho, podendo assim, prover o seu sustento de forma independente. Sendo assim, este benefício terá o seu caráter temporário e, desta forma, caberá ao juiz estipular o prazo razoável de duração da obrigação de alimentar.

Todavia, no mesmo âmbito de separação encontram-se casos em que os cônjuges necessitam manter o padrão de vida, ou seja, permanecer ou tentar manter-se no padrão de vida que apresentavam durante suas vidas de casados, e assim atenuar o desequilíbrio financeiro, se houver, após ruptura do vínculo conjugal, de modo a consolidar os princípios solidários, atendendo as expectativas estabelecidas que foram geradas no decorrer da união. Então qual seria o caminho a percorrer, já que a pensão alimentícia se dedica somente a manutenção de alimentos?

Compreende-se, no caso específico compensatório, a de manutenção socioeconômica e financeira, que tentará equiparar o padrão econômico e financeiro de ambos os consortes.

Faz-se necessário compreender primeiramente que, até o presente momento no Brasil, a pensão compensatória não encontra direcionamento legal ou de jurisprudência. Sendo assim, há no meio jurídico, como utilizar-se do Instituto do Alimentos para verificação de compensação financeira e econômica quando da separação entre os cônjuges? Busca-se, conforme o entendimento de estudiosos que, havendo bens comuns que venham a estar ou estejam debaixo do poder administrativo de qualquer um dos cônjuges, e estes venham a produzir renda, a outra parte deverá receber parte dessa. Ressalta-se que o compensatório será destinado ao equilíbrio financeiro entre as partes e, desta forma, necessitarão de revisão para amparar-se nos ditames do STJ.

De acordo com silvestre (2015, p 4)

Insta salientar que, no Brasil, os alimentos compensatórios carecem de precisão legal, tratando-se de instituto incorporado por parte da doutrina do direito da família através do estudo do direito comparado. A fixação desses alimentos tem como fito padrão de vida, corrigindo o padrão de vida ou atenuando o desequilíbrio econômico-financeiro entre os cônjuges ou conviventes após a ruptura afetiva.

Desta forma o Código Civil, conforme supracitado, até o presente momento não determina em seus artigos a compensação ou manutenção do padrão de vida baseado nos artigos brasileiros, mas baseia-se na interpretação do Magistrado. Entende-se, também, diferentemente da pensão alimentícia que o tempo fixado pelo juiz, cessa ao alimentado o direito de recebimento deste, haja visto que ele é temporário e limitado, no entanto a pensão compensatória ocorrerá mesmo que o cônjuge seja beneficiado pela primeira, pois lhe foi assegurada as dívidas materiais mínimos e o tempo necessário para o seu desenvolvimento pessoal, mas não lhe dará condições de manter-se no mesmo padrão de outrora. Todavia, o que dizem os Códigos Civis sobre a pensão compensatória ?

3 A IMPORTÂNCIA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO EX- CÔNJUGE

Após algumas leituras e pesquisas sobre pensão compensatória, encontrou-se dentro do princípio da constitucionalidade e da dignidade humana, a pensão que trabalha em cima do critério que, dentro do equilíbrio social, econômico e financeiro respeitando sempre a igualdade entre as partes. Neste caso entende-se que, utilizando-se da crítica hermenêutica do código civil, dispositivos que tratam sobre a estabilidade econômica e financeira ao findar uma relação socioafetiva, precisam ser observados e, quando possível, debatidos para que se encontre melhores meios para a equilibração social em observância dos justos direitos legais. Vários dispositivos tratam da importância deste estudo e tem-se como proposta o de apresentar a lei como objetivo principal, o de proteger os interesses do ex-cônjuge que necessita da pensão compensatória para estabilizar-se economicamente.

Conforme com Grisard Filho (2015, p.3)

Em países outros e sob diferentes maneiras , a pensão compensatória encontra-se consolidada tanto do ponto de vista doutrinário como do legislativo, [...]. No Brasil a jurisprudência, como a que serve de epígrafe a este trabalho, começa a reconhecer e a fixar uma pensão compensatória em favor do cônjuge ou companheiro que se vê economicamente prejudicado pela separação, pelo divórcio ou pela dissolução da união.

Desta forma, o tema fundamenta-se na importância do equilíbrio financeiro e social dos consortes, sendo este, motivo de debate por pesquisadores e também no STJ, todavia, há momentos em que a falta de informação inerente a este tema necessitará de avaliações dos magistrados. Outrossim, os ex-cônjuges que muitas vezes desconhecedores dos seus direitos garantidos ao fim do casamento ou união estável, necessitarão de orientação de quando e como podem obter a pensão. Ressalta-se que quando um dos consortes larga tudo, saindo muitas vezes do emprego, para viver uma vida a dois e cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos, a lei o ajudará na pensão de alimentos, contudo, por motivos maiores como o do equilíbrio financeiro e esta pessoa volta a vida antiga, perdendo seu status e posição social, causando um desequilíbrio econômico a pensão compensatória o ajudará a manter o padrão anterior.

Conforme Silvestre (2015 p.120)

Desse modo os alimentos compensatórios dever ser fixados em valor proporcional ao padrão de vida mantido durante a constância do casamento ou união estável, tendo em vista não possuírem o objetivo de suprir as necessidades do Credor, tal como os alimentos transitórios, mas sim de corrigir ou atenuar o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do fim da união.

Entende-se desta forma, a importância do debate a respeito do mesmo, haja visto sua relevância e a necessidade do mesmo, aos poucos o STJ tem delimitado regras de como funciona, mas muitas vezes não aplicada pela falta de informação e conhecimentos a respeito da pensão entre ex-cônjuge, por isso, este projeto tem como seu principal objetivo ilustrar ao público os Direitos alimentícios que podem ser pleiteados ao fim do casamento, e também tentando-se esclarecer e retirar as dúvidas a respeito deste tema, haja visto a importância explicar para a população que existe um direito a ser pleiteado.

4 OBJETIVOS.

4.1 OBJETIVO GERAL.

Apresentar os aspectos jurídicos em relação a pensão compensatória entre os ex-cônjuges, avaliando como atuam os países que já adotaram e o código civil brasileiro.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- a. Compreender o que é a Pensão Compensatória e suas finalidades.
- b. Ilustrar os fatores que geram obrigatoriedade do pagamento da pensão Compensatória e assegurar uma estabilidade econômico-financeira entre os consortes.
- c. Avaliar como é aplicada a pensão compensatória no Brasil e encontrar o melhor caminho, através do debate, para evitar o desequilíbrio econômico-financeiro após a ruptura do casamento.

5 EMBASAMENTO TEÓRICO.

Entende-se que, no Brasil, não há um direcionamento ou marco regulatório que venha expressar de ordenamento para o pagamento da pensão compensatória, que indique como tratar sobre o empobrecimento em uma situação de separação entre

cônjuges, ou que venha causar o desequilíbrio econômico em relação a situação que desfrutava anteriormente dentro do relacionamento. Sem esse ordenamento, ou seja, ainda não havendo muitos casos que direcione outros dentro do código civil brasileiro, fica, de certa forma, difícil para que se possa conduzir tais situações, contudo, deve-se **observar o Artigo 4º, da lei de alimentos, de nº 5.478/68, no seu parágrafo único**, pouco mencionado, que trata do assunto em que diz " *o Juiz determinará igualmente que seja entregue ao Credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns administrados pelo devedor*", ou seja, se houver bens que venham a produzir rendas e um dos ex-cônjuges esteja administrando, esse passará a ser o devedor e terá que manter o Credor por tempo indeterminado, proporcionando o equilíbrio financeiro do mesmo.

5.1 O QUE SE COMPREENDE POR PENSÃO COMPENSATÓRIA ?

Antes de qualquer ordenamento, necessita-se conhecer o que e como funcionam as ações da pensão de alimentos, para o provimento e equilíbrio social dos cônjuges. Ressalta-se que os alimentos compensatórios visam, com o fim do casamento ou mesmo da união estável, manter o padrão adquirido anteriormente pelos consortes. Nesse sentido deve-se compreender as diferenças entre pensões alimentícia e compensatória.

De acordo com Rolf Madaleno apud Silvestre, (2015. p. 118.)

Os alimentos compensatórios em nada se confundem com a Pensão Alimentícia e sua origem os alimentos compensatórios em nada se confundem com a pensão alimentícia, e sua origem remonta ao direito francês, quando aquele país, no ano de 1975, apagou a discussão da culpa para o estabelecimento da prestação alimentar compensatória e passou a considerar o desequilíbrio econômico de forma objetiva, com total independência da culpa ou inocência do cônjuge credor de alimentos, consagrando, definitivamente, a irrelevância da culpa e a importância apenas da ruptura do relacionamento, evitando qualquer dramatização causal nos conflitos conjugais.

Sendo assim, faz-se necessário compreender as ações da pensão compensatória, suas finalidades e como funciona nos códigos civis de alguns países e do Brasil.

5.2 O QUE DIZEM OUTROS PAÍSES SOBRE A PENSÃO COMPENSATÓRIA ?

❖ **No direito Civil francês.**

Conforme a lei de nº 75-617, de 11 de junho de 1975, criou-se em substituição à pensão alimentícia a compensatória, dando voz e apoio ao ordenamento após a separação. Em 26 de maio de 2004, a nova redação veio por meio do Art. 2004/68, que trouxe aprimoramentos na lei que regula a pensão compensatória. O artigo faz referência que o divórcio finalizará com o dever de socorro mútuo e, onde um dos cônjuges poderá ser obrigado a dar o abono ao outro como prestação que se destina à compensar, isso na medida do possível, o que se apresentar como desequilíbrio econômico, sofrido pela ruptura matrimonial nos cotidianos respectivos.

❖ **Código Espanhol**

De acordo com a Lei de nº 30/1981, que estabelece o amparo ao cônjuge que se vê desfavorecido, após separação, economicamente uma pensão compensatória. Reitera-se que esta lei é de matriz francesa e vê sua regulação para as hipóteses de divórcio ou separação no Art. 97 do Código Civil.

Aspiri apud Grisard Filho 2015, p.5

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relacion con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

Para que se possa compreender sobre pensão compensatória ou alimentos compensatórios, é necessário compreender alguns fatores desta. Ela virá, como subentende-se, para compensar o desequilíbrio financeiro e econômico entre ex-cônjuges ou até mesmo para atenuar desconfortos sociais.

O tema, de acordo com a pesquisa, é bastante polêmico e vem sendo discutido até hoje e apesar desse dispositivo ter sua procura dentro da pensão de alimentos, alguns doutrinadores concordam, outros ditam regras essenciais para a aplicação, tudo isso em busca de um direcionamento para a pensão compensatória entre ex-cônjuges.

❖ **Conforme o STJ**

Um caso bem conhecido sobre pensão compensatória é o do ex-presidente Fernando Collor de Melo e sua esposa Rosane Collor, que ocorreu na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no 12 de novembro de 2013, divulgado pela imprensa brasileira.

A união teve início no ano de 1984, sob o regime de separação convencional de bens, permanecendo até o ano de 2005 após uma separação litigiosa. Deve-se observar que durante o matrimônio o senhor Fernando Collor de Melo exerceu as funções de senador, governador do estado do Alagoas e presidente da república, perdendo este último por processo de impeachment no ano de 1992.

Após a ruptura do relacionamento, foi ofertada pelo senhor Fernando Collor a pensão de alimentos no valor de R\$ 5,2 mil, que foi contesta, já que a senhora Rosane Malta desejava receber o valor de R\$ 40 mil.

A sentença deferida pelo Juiz em primeiro grau, foi em favor da senhora Rosane Malta no valor 30 salários mínimos enquanto fossem necessários, R\$ 900 mil em bens e dois automóveis. Desta forma o caso foi devolvido aos tribunais do Estado do Alagoas que, após apelação de Fernando Collor, reduziu a pensão para 20 salários mínimos pelo período de 3 anos, mantendo o restante a sentença dos autos. Contudo, após os embargos solicitados pela requerente, mantiveram-se os valores de 30 salários e foram retiradas as exigências de 3 anos.

O caso foi arremetido ao STJ como Recurso Especial, onde o ex-marido aduziu ausência do pedido de alimentos compensatórios solicitados pela ex-companheira, alegando julgamento *extra petita*. Durante o julgamento Rosane Malta alegou que iniciou seu matrimônio aos 19 anos de idade, permanecendo 22 anos ao seu lado e que nenhum bem havia sido colocado em seu nome, ressalta-se que isso viria a desmontar o argumento de "abuso de confiança" por parte do ex-companheiro.

Sendo assim, o julgamento direcionou-se à possível pensão compensatória, já que requerente viria sofrer um desequilíbrio econômico decorrente da separação. A pensão de alimentos manteve-se no período determinado de 3 anos, a contar do trânsito em julgado e a transferência dos bens permaneceram. Contudo, referente aos alimentos compensatórios o Ministro Antônio Carlos Ferreira não teve o acompanhamento do também Ministro Marco Buzzi, que divergiu do entendimento do relator ressaltando "o julgamento fora do pedido apresentado pelas partes e considerou que a cessão de bens viola o regime estabelecido em acordo pré-Nupcial".

O debate sobre o período de anos de separação, tornou-se um grande momento para o jurídico nacional, já que três dos cinco ministros, Antonio Carlos Ferreira (relator), Luís Felipe Salomão e Raul Araújo, concordaram que o tempo seria suficiente para a senhora Rosane Malta se preparasse para a nova realidade econômica, finalizada pelo fim da pensão de alimentos, inserindo-se no mercado de trabalho. Já os ministros Marco Buzzi e Isabel Galloti, compreenderam que seria difícil para uma mulher que chegava aos 50 anos viesse a ser inserida no mercado de trabalho ou ofício que a mantivesse financeiramente. Estes ministros ressaltaram que grande parte de vida da ex-cônjuge foram dedicados ao seu ex-companheiro, onde o apoiava em sua carreira.

Baseado nesta discussão, Silvestre, conclui (2015, p.124).

Visto isso, observa-se no julgado supracitado relevantes questões a serem sedimentadas em relação à teoria dos alimentos compensatórios, tais como a interferência judicial em um regime de separação convencional de bens, o qual foi livremente estabelecido entre as partes no pleno exercício da autonomia patrimonial, bem como a orientação de se manter certo equilíbrio econômico entre os cônjuges ou companheiros quando da dissolução da vida em comum, restando claramente evidenciado o imperativo da solidariedade familiar, tendo em vista o contexto constitucional em que sobreleva o valor da pessoa em detrimento do patrimonialismo

A pensão compensatória, passou a ser avaliada como situação excepcional no meio jurídico e, salvo situações peculiares, a ser fixada quando realmente o desequilíbrio for causado pela ruptura do matrimônio ou união estável. Ou seja, é uma das regras essenciais para a aplicação do dispositivo, onde caberá ao juiz do caso concreto, estipular de forma razoável como e quando se dará a compensação. Necessita-se compreender que só haverá necessidade compensatória, se houver um desequilíbrio entre os consortes e o mesmo tenha sido causado pela separação.

Conforme Silvestre (2015, p. 127)

Logo, se o desequilíbrio não foi oriundo do término da relação afetiva, não há que se falar em alimentos compensatórios, pois que não se trate de

hipótese de compensação alimentar a “ diminuição do padrão social gerada em ambos os cônjuges por conta da necessidade de se manter com novas despesas dali por diante”.

Desta forma, haverá um controle para que ela seja adquirida e, além disso, necessita-se de regra que venha a justificar a interferência do estado no controle patrimonial dos consortes. Compreende-se não igualar os regimes de separação legal e o regime convencional de bens, haja visto que há no último, uma livre expressão de vontade, externalizada por meio de pacto entre os consortes.

Nota-se que a aplicação teórica de alimentos compensatórios não trabalhará somente por ter sido finalizado o relacionamento, nem tampouco para penalizar qualquer um dos consortes, ou seja, não traz consigo uma forma punitiva ou de culpabilidade ou quaisquer outros motivos à serem alegados a não ser o de reparar, quando for o caso, o desequilíbrio socioeconômico. Necessita-se lembrar que este é reparatório e difere da pensão alimentícia, que ao término do prazo, nos caso desta última, cessa ao alimentado o direito de continuar recebendo alimentos, pois lhe foram asseguradas as devidas condições materiais mínimas e o tempo necessário para o seu desenvolvimento pessoal, preservando-se assim o seu Direito. Contudo, mesmo em meio a esse acordo alimentício, os padrões econômicos e financeiros, na visão de alguns juristas, devem ser levados em consideração, já que um diferencia do outro.

Nisto, vemos que a mesma é tema conflitante e ainda necessita de mais debates, principalmente porque há, em seu cerne, partilha de bens e patrimônios e principalmente a manutenção socioeconômica, haja visto que, ao fim de uma relação sempre há um dos cônjuges que sai com dificuldades em manter seus padrões e ser reerguer economicamente. Tipicamente isso tem acontecido no âmbito do sexo feminino, onde a mulher, na maioria das vezes, é quem larga seu trabalho para se dedicar a cuidar da casa, ou quando, compartilhando momentos profissionais e do lar sacrifica-se um pouco mais e ao final da relação o marido não abrindo mão da administração ou da partilha do patrimônio, causará desequilíbrio social, reitera-se que a pensão compensatória não trata de culpar a nenhum dos cônjuges.

Claramente, com esclarecimentos no âmbito social e com as mudanças na sociedade, há uma construção de um novo contexto social, que proporcionará novas soluções. Todavia, mesmo com essas mudanças, ainda serão necessários vários debates a serem conduzidos para construção desse tema, pois ele não busca o lado assistencial e sim o de reparar o desequilíbrio. Contudo, para esse momento, a

mulher enfrentará dificuldade para seguir sua vida e, em muitos momentos, terá queda no sentido socioeconômico.

Conforme Grisard Filho cita (2015 p. 19):

Seu caráter, portanto, é reparatório, não assistencial ou alimentário, porquanto sua finalidade é corrigir o quanto possível o desequilíbrio econômico-financeiro que a separação dos cônjuges produza em relação as respectivas posições em que ficarão depois de consumada, que represente uma piora em relação à situação que ostentavam na vigência do casamento desfeito. O julgado acima referido acolhe essa noção: "A finalidade deles é evitar desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da ruptura da vida em comum, assim como possibilitar a readaptação material do cônjuge que, com a separação, se vê em situação econômica desvantajosa em relação ao outro, que se encontra na posse do patrimônio do casal." Essas circunstâncias fáticas permitem afirmar que a natureza da pensão compensatória não é alimentícia, se não ressarcitória de prejuízo obviamente verificado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, buscou-se dentro deste trabalho de pesquisa, tentar um melhor direcionamento para a pensão compensatória demonstrando que o equilíbrio financeiro, econômico e social de ambos os consortes poderá ser avaliado e, quando bem conduzido, encontrar a melhor forma de evitar o desequilíbrio financeiro entre os consortes. Da mesma não se avaliou que, a pensão compensatória trata não somente da necessidade de uma das partes, mas vela pelo equilíbrio entre os ex-cônjuges, buscando sempre o lado socioeconômico.

Entretanto, como já supracitado, será necessário que juristas e defensores dos direitos, busquem um melhor caminho para evitar, após separação, o desequilíbrio financeiro entre ex-cônjuges.

O estudo/pesquisa a ser exposta nesse trabalho é classificada como forma explicativa, com intuito de explicar como funciona a aplicação da pensão alimentícia

entre os ex-cônjuges, isso porque é notável a explicação para informar aqueles que desconhecem dos seus direitos.

Através do método dialético que foi aplicado, chegou à conclusão da pesquisa, método esse que foi escolhido pela forma de ser caracterizado em leis as jurisprudências do STJ. Sendo um procedimento direto, retirados de decisões colegiadas do STJ, como também dos estudos documentais, tais como jurisprudências do STJ, mais especificamente o (REsp 1370778/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 04/04/2016). Que teve fundamental importância para a elaboração desta pesquisa.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil;

BRASIL. Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro;

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. REsp 1370778/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJE 04/04/2016;

CARVALHO NETO, Inácio de. Renunciabilidade da Pensão Alimentícia entre os Cônjuges <http://valdata.com.br/downloads/CURSOS/Renunciabilidade%20da%20Pens%C3%A3o%20Aliment%C3%ADcia%20Entre%20C%C3%B4njuges.pdf>

Figueiredo. Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial. Capa > v. _____ 6, _____ n. _____ 04 (2015) > <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/82>

Freitas. Revista jurídica direito, sociedade e justiça v. 8 (2019) > <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/4123>

FREITAS, Cirley Almeida¹ ; ALVES, Juliana Beatriz da Silva² ; CARVALHO, Acelino Rodrigues³ PENSÃO ALIMENTÍCIA: A REGRA DA IRREPETIBILIDADE ALIMENTAR <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/4123/3179>

Grisard Filho, Waldyr. Pensão Compensatória: Efeito econômico na ruptura convivencial http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Pens%C3%A3o%20compensat%C3%B3ria%2013_10_2011.pdf

THAÍS, Arruda Silvestre. ANÁLISE INTERPRETATIVA DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS NA ORDEM CIVIL CONSTITUCIONAL

CONTEMPORÂNEA. <http://www.ufrj.br/SEER/index.php?journal=RJEDSD&page=article&op=view&path%5B%5D=4267&path%5B%5D=2920>

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 4 Fatos sobre Pensão a Alimentícia Compensatória. <http://www.rodrigodacunha.adv.br/pensao-compensatoria/#:~:text=A%20pens%C3%A3o%20aliment%C3%ADcia%20compensat%C3%B3ria%2C%20ou,regime%20de%20bens%20entre%20eles.>

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: direito de família. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CRIMINALIDADE NO BRASIL: FATORES QUE FAZEM DOS CRIMES PATRIMONIAIS E DO TRÁFICO DE DROGAS OS PRINCIPAIS RESPONSÁVEIS PELO AUMENTO DA CRIMINALIDADE NA ÚLTIMA DÉCADA

DIEGO LUIZ MONZON: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Dinâmica das Cataratas - U.D.C, Especialista em Direito e Processo Penal pela Faculdade Venda Nova do Imigrante- FAVENI, ex-Secretário Municipal Antidrogas do município de Foz do Iguaçu- PR, Policial Militar do Estado do Paraná.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós Graduação em Direito e Processo Penal, da Faculdade Venda Nova do Imigrante, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Direito e Processo Penal.

RESUMO- Tema recorrente e sensível à maioria da população brasileira, a segurança pública nunca esteve tão presente nas rodas de discussão e no cotidiano do país. Neste sentido o artigo busca analisar a questão da criminalidade sob perspectiva diversa daquela habitualmente tratada. A intenção de o estudo é analisar o problema sob o contexto em que estamos inseridos enquanto sociedade e não apenas sob um viés policial. Desta feita, a intenção é destrinchar os fatores que fazem dos crimes patrimoniais e do tráfico de drogas, os principais responsáveis pelo aumento das estatísticas relacionadas ao crime em nosso país. Ainda demonstrar a afinidade entre o cometimento destas condutas e fatores como a baixa escolaridade, a desestrutura familiar e a ineficiência do Estado na garantia dos direitos elementares do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: criminalidade; crimes patrimoniais; tráfico de drogas.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE CRIME NO CÓDIGO PENAL. 2. PRINCIPAIS CRIMES COMETIDOS NO BRASIL NOS ÚLTIMOS DEZ ANOS. 3. FATORES RESPONSÁVEIS PELO AUMENTO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL. 4. ALTERNATIVAS A SEREM EMPREGADAS COMO FERRAMENTAS DE DEFLAÇÃO DESTES ÍNDICES. 5. A RELAÇÃO PERVERSA ENTRE DESIGUALDADE SOCIAL, BAIXA ESCOLARIDADE E O CRIME. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Nosso país é castigado ano após ano, por um mal que parece não ter cura: A criminalidade. Diversos mecanismos de combate a esta mazela social já foram adotados enquanto política de Estado e no trabalho policial e de inteligência, contudo, o tratamento visa combater somente os sintomas e não as causas da doença.

Neste artigo tentaremos explorar com maior acuidade e sob perspectiva distinta, aquele que é apontado pela sociedade brasileira como o principal problema da nação. A criminalidade gera violência, insegurança e um custo social e econômico ao país, que faz do cidadão brasileiro um refém do medo.

Por ser um tema complexo e multifatorial, não teremos a pretensão de esgotá-lo em algumas poucas páginas, mas sim, estimular o debate e inovar a maneira de pensar o problema, desta feita, tentar mitigar os efeitos nocivos que a dificuldade no combate à criminalidade gera em toda a sociedade.

No decorrer do trabalho faremos uma breve abordagem acerca do conceito de crime, passando por uma singela análise histórica quanto aos principais crimes registrados no país nos últimos dez anos. Para então alçar voo em direção ao verdadeiro alvo deste ensaio, que se baseia em apontar os fatores responsáveis pelo aumento da criminalidade no Brasil, e indicar alternativas a serem empregadas como ferramentas de deflação destes índices.

Em sequência o objetivo é traçar um paralelo entre a baixa escolaridade e a população carcerária, analisando se existe relação entre fatores educacionais e a incidência dos principais delitos que foram objeto de detenções e prisões em todo o território nacional.

Por fim faremos uma sucinta abordagem da carência de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento humano, procurando aclarar que fatores econômicos, educacionais e culturais podem estar diretamente relacionados ao aumento da criminalidade patrimonial e ao tráfico de drogas, que hoje respondem por mais de 66% de todos os crimes que são objeto de apuração pelo judiciário e conseqüentemente responsáveis por gerar a grande massa carcerária do país.

1. CONCEITO DE CRIME NO CÓDIGO PENAL

O código Penal de 1941, BRASIL (2008) dedica o título II da Parte Geral ao Crime, treze artigos sistematizam o arcabouço dedicado a definir as garantias legais e embasar a ação do Estado na persecução penal, entretanto, não existe definição do

conceito de crime no presente diploma, ficando a cátedra da doutrina esta responsabilidade.

Neste sentido contamos com a Teoria do crime, que o conceitua sob os aspectos: Formal, Material e Analítico. Grosso modo, abordaremos cada um deles para que possamos avançar em direção ao cerne deste ensaio.

O primeiro define crime como um ato humano contrário ao que se estabelece em lei. Já o Material, relaciona-se com a finalidade do Estado em garantir o bem da coletividade através da lei penal, conceituando crime como ação ou omissão praticada pelo indivíduo de maneira a lesar a coletividade. Por fim, a definição Analítica ou Tripartida, examina aspectos formais e analíticos, determinando crime como um fato típico, antijurídico e culpável; conceito amplamente aceito pela maioria da doutrina e adotado no CP.

Deste modo temos que o fato é *típico* quando a conduta guarda correspondência com aquilo que está definido na lei penal, ela se amolda a um tipo penal. No que lhe concerne, a *antijuridicidade* prevê que além da tipificação penal da conduta, esta seja ilícita, ou seja, uma conduta proibida, que contraria a ordem jurídica e é reprovável pela sociedade. Por fim, o fato *culpável* somente será analisado quando o agente for capaz de entender o caráter ilícito de suas ações e puder ser responsabilizado por elas.

Desta feita temos que o crime é a prática de uma conduta reprovável e tipificada em lei, contrária ao ordenamento jurídico, portanto, passível de sanção quando o agente que a comete detenha capacidade para ser responsabilizado pela ação ou omissão delituosa.

A sociologia também se encarrega de buscar esmiuçar a compreensão do conceito de crime e suas implicações na sociedade. O conceito de anomia, cunhado por Durkheim (1893, 2000), é o principal expoente neste contexto, pois preceitua que a falta de normas que vinculem os indivíduos a um contexto social, gera o comportamento desviante e em consequência o crime.

Por seu turno, MERTON (1968), sob a influência das obras clássicas de Émile Durkheim, desenvolveu a Teoria da Anomia, basicamente definida como o abandono das regras do jogo social.

Nela apregoa que o indivíduo indiferente aos padrões de comportamento socialmente aceitos busca atingir seus objetivos suprimindo os meios de ação pautados na ética/moral vigente, agindo através de um comportamento desviante que consequentemente se traduz em crime¹¹.

Existem ainda trabalhos recentes^[2] que se encarregam de unificar as teorias sociológicas acerca do crime e tornar sua compreensão ainda mais correlata e completa, contudo, não são o foco deste ensaio.

Partindo destes preceitos, passamos a indagar quais seriam os reais motivos da grande parcela de a população carcerária nacional ser composta por agentes que praticaram delitos patrimoniais e o tráfico de drogas, considerando que existe vasta legislação tipificando as mais diversas condutas criminosas.

Seria o sistema penal brasileiro injusto e ineficiente? Seria esse sistema construído para punir apenas as classes menos abastadas? O que justifica o aumento das práticas criminosas objeto deste estudo? São perguntas que tentaremos aclarar ao longo do ensaio.

2.PRINCIPAIS CRIMES COMETIDOS NO BRASIL NOS ÚLTIMOS DEZ ANOS

É fato que a criminalidade aumenta ano após ano, gerando insegurança e obrigando o Estado a investir cada vez mais recursos em segurança pública, na repressão criminal e na construção de presídios. Ao buscarmos dados referentes ao problema, percebemos que a prática de crimes patrimoniais e o tráfico de drogas, respondem pelo maior volume de crimes cometidos no Brasil na última década.

Estudos realizados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública entre os anos de 2006 e 2016^[3] corroboram essa afirmação, pois, demonstram que quase 70% de todos os crimes realizados no país correspondem a estes tipos penais, o que nos leva a refletir quais seriam as causas desta epidemia.

Poderíamos apontar fatores sociais ou a crise econômica como indicadores que influenciam positivamente os dados acerca da criminalidade? Questões sociológicas ou a baixa escolaridade guardariam relação com estes dados? São ainda questionamentos que tentaremos responder.

Ao compararmos dados da população carcerária^[4], temos o real dimensionamento do problema, pois, 28% dos presos respondem por crimes relacionados ao tráfico de drogas, totalizando o maior número de encarcerados. Em segundo lugar, temos os crimes de furto e roubo respondendo por 35% dos presos no Brasil.

Somente nestes números podemos perceber que 63% da população prisional é composta por indivíduos que cometeram delitos relacionados à aferição de vantagem pecuniária, o que por si só, deixa claro que os problemas de criminalidade no Brasil guardam uma estreita relação com as desigualdades sociais

e o desequilíbrio na repartição de renda e no acesso à educação, afirmação a ser destrinchada ao longo deste trabalho.

Essa realidade nos leva ainda a outros questionamentos, pois, embora grande parte das condutas criminosas aqui citadas tenha sido processada, sofrendo o indivíduo uma ação de condenação e prisão; o que se percebe é que pouco ou quase nenhum resultado prático é obtido no campo da ressocialização e do desestímulo ao cometimento destes delitos, fato que pode ser observado através do grande número de condenados reincidentes, bem como através do aumento destas práticas delituosas.

Constituiria o momento para analisar o real fato gerador desta realidade criminal e distinguir se a falha reside no sistema de persecução criminal, ou seriam derivados da dinâmica social e econômica a que estamos sujeitos enquanto sociedade, pois, em países que praticam o capitalismo distributivo^[5] e o investimento massivo em educação, estes indicadores criminais que são o objeto deste estudo, são muito baixos.

Resta demonstrado nesse exercício que o problema da criminalidade brasileira é complexo, e que de fato, apenas as falhas do sistema penal e o tradicional investimento em repressão não são as respostas eficientes à sua elucidação, demonstrando ainda que soluções inovadoras precisam ser empregadas, com especial atenção a dinâmica social e econômica que estamos inseridos enquanto sociedade.

3. FATORES RESPONSÁVEIS PELO AUMENTO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

Quando sopesamos os dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – (BNMP 2.0)^[6], temos a real dimensão da questão criminal no Brasil. De acordo com os números levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a população carcerária ultrapassa, em 2018, seiscentos mil presos, o que faz do Brasil o terceiro país com a maior população carcerária mundial, atrás apenas de Estados Unidos e China^[7].

Isso nos instiga a refletir se a falha residiria no sistema penal brasileiro, considerado por muitos estudiosos como brando ou garantista, fator que incentivaria a prática dos crimes estudados. Outro questionamento se torna imperioso em relação ao sistema carcerário, aceito por vezes como falho em sua missão regenerativa de indivíduos moralmente depravados; para somente então; fazendo um breve exercício de reflexão, pautado nos dados disponibilizados, chegarmos a uma conclusão totalmente inusitada e sem relação direta com estes assuntos.

Concluimos que desigualdade social e educacional são os fatores que apontam a raiz do problema da criminalidade no Brasil no contexto desse estudo, do contrário, não contaríamos com mais da metade da população carcerária formada por analfabetos funcionais, e em sua maioria desempregados e/ou subempregados^[8].

Isso demonstra que além do investimento em repressão aos delitos, é necessária a construção de uma política pública focada no desenvolvimento humano, na geração e distribuição de renda e na qualificação e integração do indivíduo com a sociedade, de modo a torna-lo um cidadão de direitos e obrigações.

Os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN^[9] apontam quase meio milhão de detentos respondendo por crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas; como já mencionado, crimes relacionados à aferição de ganhos monetários. De todos os detidos do sistema penal em âmbito nacional, 51% mal concluiu os primeiros anos do primário, sendo que apenas 9% concluiu o ensino médio e vivem em condição de desemprego ou subemprego.

Estes dados são suficientes para comprovar a relação cruel entre a desigualdade social e educacional, e a realidade criminal de nosso país. Pois, em um país onde a grande massa prisional responde pelos crimes em tela, sendo quase sua totalidade formada por pobres e semianalfabetos, resta evidente que o problema não está na falta do tradicional investimento em segurança pública (policimento, viaturas, armamento), mas sim, na dificuldade que o Estado tem de equacionar seus investimentos em desenvolvimento social e humano e prover um equilíbrio educacional que permita o progresso do país.

Ao buscar informações atinentes aos diversos sistemas penal e carcerário ao redor do globo, percebemos que independentemente da rigidez da pena, ou da efetividade do sistema de reclusão na regeneração do apenado, o que realmente influencia a incidência de delitos aqui tratados, é a relação entre o aumento ou deflação nos níveis de desenvolvimento humano, pois, quanto mais igualdade, menor a incidência de tipos penais violentos e por consequência os crimes aqui estudados.

Dados do PNUD/ONU referentes ao Índice de Desenvolvimento Humano - IDH ^[10], nos indicam que países como Coréia do Sul, Suíça, Noruega, Finlândia, Alemanha, dentre outros, onde o desenvolvimento educacional e a distribuição de renda são elevados, apresentam diminutas taxas de criminalidade violenta e patrimonial, situação que se demonstra inversamente proporcional em países com IDH baixo e alto nível de desigualdade social, como o caso do Brasil.

Embora entendamos que o sistema penal/punitivo brasileiro possua falhas consideráveis e deva ser melhorado, vislumbramos que a ausência do Estado na garantia dos direitos mais elementares, perfaz o fator determinante que transforma o ser humano em um sujeito avesso as regras.

Este comportamento anômico nos crimes aqui tratados, é o responsável por cunhar a cultura de inovação sugerida por Merton (1968), que por sua vez faz com que o indivíduo coexistindo em total desarmonia com o restante da sociedade e agindo sem qualquer escrúpulo ou respeito relacionado ao pacto social, busque por satisfazer suas necessidades a qualquer custo, gerando seu próprio sistema de conduta e código de valores, por vezes pautado no desprezo a moral e às regras de convivência, por consequência as leis e ao direito.

Dentro deste contexto cabe pontuar ainda que condutas delituosas podem ser induzidas por questões subjetivas, como a ausência de referenciais positivos no seio familiar e no convívio comunitário, e pela carência de políticas públicas que possam tornar o indivíduo verdadeiramente um sujeito de direitos e obrigações.

Este raciocínio nos permite intuir que a desestrutura familiar e educacional, aliados a ausência de políticas públicas que garantam um pleno desenvolvimento humano, são as engrenagens que movem a perversa fábrica de infratores, gerando um problema que não se restringe aos sujeitos que são vítima deste processo, tampouco ao seu círculo de convivência, já que, tais fatores impactam diretamente no aumento anual dos índices de criminalidade, aumentando a sensação de insegurança pública.

Em uma análise macro percebemos que a dinâmica da criminalidade afeta toda a estrutura social, pois, gera efeitos negativos na vítima, no criminoso, na economia do país e por fim em todo o arcabouço estatal, que precisa alocar valiosos recursos na construção de mais presídios, no gasto em tratamentos de saúde em decorrência de crimes e na repressão policial.

Diante de todo o panorama apresentado, resta claro que os gastos em formação cidadã e em educação são ínfimos, se comparados aos trágicos custos gerados pela criminalidade. Tal afirmação se comprova quando analisamos o relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, comunicado n 75[11], onde percebe-se que a cada um real investido em educação, o retorno é de um real e oitenta e cinco centavos em aumento no PIB, com o benefício de mitigar os passivos com manutenção de indivíduos presos, processos judiciais, e custos em saúde decorrente do crime.

Podemos concluir ainda que os investimentos em prevenção ao crime, através da diminuição da evasão escolar, da formação cidadã e de uma melhora na distribuição de renda, apresentariam um forte efeito na redução dos danos psicológicos agregados ao imaginário coletivo em razão da insegurança que permeia todo o estrato social, e que transforma cidadãos em indivíduos apavorados, reféns da cultura do medo, gerada no contexto apresentado, pela eficiente fábrica institucional de criminosos.

Dimensionamos que o verdadeiro investimento público na redução das taxas de criminalidade, deveria ser dispendido na formação de cidadãos, na geração de emprego e renda e em educação, bem como na garantia do acesso a serviços públicos essenciais e de qualidade, de maneira universal.

Estas seriam as ferramentas, que com eficiência, se prestariam a reverter o quadro caótico e ascendente dos índices de criminalidade brasileiro no conjunto apresentado neste ensaio.

4. ALTERNATIVAS A SEREM EMPREGADAS COMO FERRAMENTAS DE DEFLAÇÃO DESTES ÍNDICES

A solução para aplacar a crise em que estamos mergulhados é multifatorial, independe apenas do trabalho repressivo da polícia, e do dispendioso processo estatal punitivo. Ou seja, apenas a prisão do criminoso e a culminação da pena ao crime praticado, se demonstram pouco eficientes na contenção do vicioso ciclo da criminalidade.

A mudança desse paradigma passa inevitavelmente por investimentos em cidadania e educação, aliados a um forte sistema de valores que possa permear todas as camadas sociais e imprimir no cidadão o salutar respeito às instituições e a vivência em sociedade.

A valorização da família como núcleo da sociedade tem um importante papel neste processo de formação de valores, pois, as bases de construção do caráter individual, se formam no seio familiar e sociocultural.

Ao tomar como exemplo a cultura nipônica, percebemos que o respeito aos valores tradicionais e a formação do cidadão, exercem reflexos diretos nas taxas de criminalidade e no desenvolvimento da população^[12].

A sensação de pertencimento é o fator que gera o compromisso de respeito para com o sistema de regras que permeia a sociedade, sem isso, o indivíduo

marginalizado buscará maneiras de se desenvolver em dissonância com tudo aquilo que é sagrado para uma comunidade.

Ele cria seu sistema subvertido de valores que inevitavelmente irá se chocar com o aparelho normativo em vigor e trará por consequência infração a lei e a contumaz prática de crimes.

Como exigir então de um sujeito que desconhece seus direitos e obrigações, o respeito aos valores que ele julga não lhe serem atribuído? Como exigir de um marginal; sem base moral, com baixa educação, alijado dos direitos mais elementares; o cumprimento das obrigações que ele acredita não lhe serem impostas por estar à margem da sociedade?

São os questionamentos que devemos ter em mente para que possamos entender a criminalidade aqui estudada não apenas como um despreço às regras transcritas em nosso código penal, mas sim, como um problema social que flagela a população, onera o Estado e põe em risco todo o processo de desenvolvimento nacional.

Temos por convicção que indivíduos que cometem crimes, tais os enquadrados nos parâmetros legais de maior incidência apontada neste ensaio, em sua maioria são verdadeiros incultos, despreparados para o mercado de trabalho, inabilitados para a vivência em sociedade e, resignados quanto sua condição de atores no processo de desenvolvimento e bem-estar da nação.

Antes, tidos como verdadeiros estorvos a serem varridos para dentro de celas e acumulados em presídios, para que sua existência prejudique o mínimo a sociedade; vez que não pertencem a ela, na concepção daqueles que conhecem a fundo o problema e insistem em utilizar argumentos falaciosos para justificar o aumento da criminalidade e dos crimes aqui tratados; transformando muitas vezes este debate em plataforma eleitoreira e polarização ideológica.

5. A RELAÇÃO PERVERSA ENTRE DESIGUALDADE SOCIAL, BAIXA ESCOLARIDADE E O CRIME

Estudos realizados e compilados no atlas da violência de 2019[13] deixam claro que o cometimento de crimes patrimoniais e o tráfico de drogas, tem maior incidência em regiões com baixo IDH, onde a evasão escolar é alta e a concentração de renda desigual.

Tal afirmação pode ser verificada ainda quando analisamos informações da população carcerária através do BNMP 2.0 e do INFOPEN[14], onde percebesse

que a grande massa carcerária é composta por indivíduos semianalfabetos ou que não concluíram o ensino fundamental, em geral, sem qualificação profissional e sem fonte lícita de renda.

Estes dados demonstram o prejuízo que a falta de investimento em educação e formação cidadã causam. O aprimoramento de ferramentas e políticas públicas que mitiguem a evasão escolar e provoquem diminuição da pobreza são medidas urgentes para frear este quadro.

Através da melhora da distribuição de renda, que pode ser estimulada por uma política de pleno emprego e da melhora na formação escolar, teremos no longo prazo, aumento nos indicadores do IDH que serão traduzidos na consequente redução dos tipos criminais em estudo, em saldo, a diminuição da grande maioria dos crimes registrados em nosso país.

Portanto, podemos alegar com base nos dados expostos e no raciocínio empírico até aqui construído, que a criminalidade no Brasil, se desenvolve, sobretudo devido à falta de investimentos em políticas públicas que foquem na diminuição das desigualdades sociais e educacionais.

Restam provado que a população carcerária é composta em sua maioria por indivíduos com baixa escolaridade e baixo nível de renda, fatores correlacionados que aliados a falta de estrutura familiar se traduzem em anomia e empurram o sujeito para o caminho da criminalidade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o quadro exposto resta evidenciado que o grande responsável pela elevação dos crimes patrimoniais e do tráfico de drogas, que por sua vez constituem os culpados pelo aumento estatístico no registro de crimes na última década; é a falta de políticas de Estado que sejam direcionadas ao enfrentamento dos grandes gargalos social e educacional brasileiro.

A escassez de investimentos em formação cidadã, em redução da evasão escolar e na melhora da distribuição de renda e das condições econômicas da população; em sua maioria formada por pobres, com baixa escolaridade e baixa capacitação profissional; é o pano de fundo da realidade criminal do nosso país.

É pertinente pontuar que a pobreza por si só não deve servir de justificativa para o cometimento de crimes, e nem é esta visão que o trabalho apregoa. Contudo, a conjunção dos fatores abordados no ensaio demonstra, que a condição econômica do indivíduo, aliados ao seu baixo nível educacional, à falta de estrutura familiar e de

um ambiente sociocultural saudável, contribuem, em demasia, para que ele se sujeite ao cometimento das condutas criminosas abordadas.

O raciocínio explorado nos leva a intuir que a ausência de vínculos do infrator para com as regras e dogmas da sociedade, perpetrada pelos fatores exaustivamente abordados ao longo do trabalho, lhe conduz a anomia e explicam em grande parte o afloramento das condutas criminosas mais observadas na última década.

Temos então que o problema da criminalidade brasileira; visto que crimes que buscam o aferimento de vantagem pecuniária estão no topo do ranking da criminalidade no país; guarda muito mais relação com a desigualdade social e a desestrutura sociocultural e familiar, do que com a falta de investimentos em repressão e penalização de delitos.

Portanto, para que possamos ter melhoras nos indicadores de redução da criminalidade, imperioso que os investimentos sejam alocados com maior eficiência na construção de uma rede integrada de políticas públicas com escopo de permitir o aumento do tempo do indivíduo na escola, e a formação cidadã; esforços estes; aliados a garantia e ampliação do acesso a serviços públicos essenciais e a melhora na distribuição de renda e na redução das desigualdades.

É trabalho de longo prazo e multifatorial, que se executado com seriedade, trará maior resultado em comparação ao tradicional investimento em segurança pública, em políticas de repressão criminal, em gastos com aumento no número de presídios e em discussões legislativas no tocante ao endurecimento das penas.

REFERÊNCIAS

ATLAS da violência 2019. / Organizadores: Instituto de Pesquisa econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São paulo: Instituto de Pesquisa econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ISBN 978-85-67450-14-X.

BANCO Nacional de Monitoramento de Prisões- BNMP2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, W. M. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**. n. 3, p. 51 –, 2014.

BRASIL. CODIGO PENAL BRASILEIRO. REVISTA DOS TRIBUNAIS, SÃO PAULO, 2008.

DE Lima, J.A. **Teorias sociológicas sobre a criminalidade**: Análise comparativa de três teorias complementares. Semina: Ciências Sociais e Humanas, Londrina, v.38, n.2, p.215-232, jul./dez.2017.

Atlas da Violência 2018 - estatística criminal. DISPONÍVEL em: <<https://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/introducao>>. Acesso em: 15, set 2019.

DISPONÍVEL em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-nobrasil>>. Acesso em: 15, Abr 2019.

Comunicado n 75 IPEA DISPONÍVEL em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=7110>
Acesso em 17 set, 2019.

Relatório de Desenvolvimento humano 2018 DISPONÍVEL em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatoriosde-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>>. Acesso em: 25, maio 2019.

DURKHEIM. Da Divisão do Trabalho Social. 1893.

DURKHEIM. **O Suicídio**: estudo de Sociologia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEVANTAMENTO nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização Junho de 2016 - Brasília : Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p.: il. color.

LEVANTAMENTO nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização

- Junho de 2016 / organização, Thandara Santos ; colaboração, Marlene Inês da Rosa ... [et al.]. – Brasília : Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p. : il. color. ISBN: 978-85-5506-063-2.

MAIS rica e mais segura do mundo: por que Tóquio é uma capital exemplar. Gazeta do povo, 21, out 2018. Disponível em: <<https://www.gazeta dopovo.com.br/mundo/mais-rica-e-mais-segura-do-mundo-por-que-toquio-e-umacapital-exemplar-bprvtoxvgj3rjcv087fjj69o1>> .Acesso em: 10, set 2019.

MERTON. **Sociologia**: teoria e estrutura. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

O modelo escandinavo de proteção social. In: *Argumentum*, Vitória, v.4, n.1, 2012, p.7-36.

SHECAIRA, S. S. **Criminologia** . 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2

NOTAS:

[1] Nas palavras de Merton: “Una grande importância cultural concedida a la meta-éxito invita a este modo de adaptación mediante el uso de medios institucionalmente proscritos, pero com frequencias eficientes, de alcanzar por lo menos el simulacro de éxito: riqueza y poder. Tiene lugar esta reacción cuando el individuo asimiló la importancia cultural de la meta sin interiorizar igualmente las normas institucionales que gobiernan los modos y los medios para alcanzarla”. (MERTON, Robert K. *Teoria y Estructura Sociales*. México, FCE, 2004, p. 220).

[2] de Lima, J.A. Teorias sociológicas sobre a criminalidade: Análise comparativa de três teorias complementares. **Semina: Ciências Sociais e Humanas**, Londrina, v.38, n.2, p.215-232, jul./dez.2017

[3] Disponível em: <<https://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/introducao>>. Acesso em: 15, set 2019.

[4] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização - Junho de 2016 / organização, Thandara Santos ; colaboração, Marlene Inês da Rosa . [et al.]. – Brasília : Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p. : il. color. ISBN: 978-85-5506-063-2

[5] O modelo escandinavo de proteção social. In: **Argumentum**, Vitória, v.4, n.1, 2012, p.7-36

[6] Banco Nacional de Monitoramento de Prisões- BNMP2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018

[7] Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 15, Abr 2019.

[8] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização - Junho de 2016 Brasília : Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p.: il. color. pag.33.

[9] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização - Junho de 2016 Brasília : Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p.: il. color. pag.42.

[10] Disponível

em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>>. Acesso em: 25, maio 2019.

[11] Disponível

em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=7110> Acesso em 17 set, 2019

[12] Mais rica e mais segura do mundo: por que Tóquio é uma capital exemplar. **Gazeta do povo**, 21, out 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/mais-rica-e-mais-segura-do-mundopor-que-toquio-e-uma-capital-exemplar-bprvtoxvgj3rjcv087fjj69o1>> .Acesso em: 10, set 2019.

[13] ATLAS da violência 2019. / Organizadores: Instituto de Pesquisa econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São paulo: Instituto de Pesquisa econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ISBN 978-85-67450-14-X.

[14] Os dados disponibilizados pelo Banco nacional de Monitoramento de prisões - BNMP 2.0 e pelo Levantamento nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, constituem o maior e mais fidedigno banco de dados referente à realidade prisional brasileira.

DANO MORAL: CONCEITO, ESPÉCIES, FUNDAMENTOS LEGAIS E JURISPRUDÊNCIAS

JOSIELE SOUZA SANTOS:

Bacharel em Direito pela
Universidade Paulista, 2018.

Considera-se, como conceito de danos morais a ocorrência de um agravo ou violação à direitos do indivíduo quanto ao aspecto psíquico, intelectual e moral, bem como violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade relativos à vida, privacidade, imagem, honra, nome, integridade, intimidade, liberdade, autoria, sociabilidade e saúde física ou mental.

Em suma, conforme a doutrina e a jurisprudência, o dano moral é visto como tudo aquilo que: "causa efeitos negativos sentimentais, implicando em dor, sofrimento físico e psíquico ou que provoque tristeza resultante de vexame ou humilhação".

Para um mais acertado conceito do que de fato é o dano moral, segue entendimento doutrinário do admirável, Antônio Junqueira de Azevedo:

Na conceituação do que seja dano moral é preciso distinguir entre *dano-evento* e o *dano-prejuízo*; o primeiro é a lesão algum bem; o segundo, a consequência dessa lesão. Pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais consequências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial – por exemplo, se a vítima perdeu, total ou parcialmente, sua capacidade laborativa; ou, inversamente, a lesão pode ser uma coisa, que está no patrimônio de alguém, e a consequência ser principalmente um prejuízo não patrimonial (dano moral) – por exemplo, se o dono, tinha pela coisa, valor de afeição. O dano-evento é, pois, o *dano imediato*, enquanto o dano-prejuízo é o *dano imediato*. (AZEVEDO, p. 291, 2004). [1]

Com efeito, pode-se notar que o dano moral não está ligado a lesões provocada aos bens patrimoniais, mas sim a tudo que está relacionado ao ser humano como pessoa, e no que pese as lesões a bens patrimoniais, é dado o nome de danos materiais.

Desta feita, resta plenamente cabível a distinção a ser feita entre dano moral e dano material, pois o dano moral é caracterizado pelo prejuízo psíquico, intelectual

e moral; enquanto o dano material retrata o prejuízo financeiro efetivamente sofrido pela vítima sobre o seu patrimônio.

Acrescenta-se ainda, que o dano material pode ser dividido em *danos emergente* que nada mais é do que o prejuízo financeiro sofrido pelo indivíduo. Porquanto, que o *lucro cessante*, é considerado como aquele prejuízo financeiro em que a vítima razoavelmente deixou de ganhar/lucrar. Em razão disso e independentemente do tipo de dano que um indivíduo vinha a sofrer, seja ele de cunho material, moral, ou ainda na modalidade de dano material emergente e lucro cessante, surtirá como efeito o direito a indenização em decorrência do mau que lhe foi atribuído.

E a título de esclarecimento, cumpre observar que o dano moral tem sua classificação em duas vertentes, sendo o *dano moral direto*, que é aquele em que atinge diretamente o estado psíquico, intelectual e moral do indivíduo e o *dano moral indireto, reflexo ou por ricochete*, este se refere a aquela situação em que a pessoa lesada diretamente, vem a sofrer uma outra lesão na sequência de forma indireta dirigida a uma terceira pessoa do seu ciclo afetivo. Em virtude destas considerações, é que se pode atestar como legítimos no ingresso da ação de reparação de dano indireto, reflexo ou por ricochete, os parentes em linha reta ou colateral até o quarto grau.

Ainda em se tratando do assunto do dano moral e material, é imprescindível mencionar aqui a importância da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.” Com isto, denota-se que apesar de serem institutos com objetivos diferentes, podem ser pleiteados de forma cumulativamente, conforme o entendimento firmado pelo Tribunal.

Concluídas as premissas, passemos então a análises sobre a base estrutural legislativa do dano moral que possui fundamentação jurídica prevista no art. 5º, V da Constituição Federal de 1988, este dispositivo advoga que a todas pessoas que vierem a sofrer prejuízos moral ou material, tem como garantia a indenização na proporcionalidade da gravidade do dano. Por outro lado, o art. 5º, X da CF, adverte que são invioláveis os direitos da personalidade e caso ocorra desrespeito, é assegurado ao lesado o direito a indenização por dano moral e dano material, resultante da violação.

Antes o exposto, é notável que os dois dispositivos expressam em si, um conceito abrangente de dano moral e não apenas sua fundamentação está presente no art. 5º da Constituição da Federal, mas também vai de encontro com o disposto

no art. 1º, inciso III da CF, preponderando como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por oportuno, convém ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro adverte sobre a possibilidade de gerar um dano a outrem na modalidade de culpa em razão da negligência, imperícia ou imprudência, por meio de uma ação ou omissão voluntária, e conforme este entendimento, os legisladores editaram o art. 186 do Código Civil de 2002.

A par disso, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 12, 13 e 14, assevera que ao consumidor é assegurado a prevenção, reparação de danos e o acolhimento de reclamações danosas no poder judiciário e órgãos da administração pública, também adverte ao fornecedor de serviço, fabricante, produtor, construtor nacional ou estrangeiro, e o importador quanto a sua responsabilidade civil pela prática de atos que resultem em danos aos consumidores e equiparados.

É preciso insistir também no fato de que, nem sempre estará configurado o dano moral quando alegado, mas apenas restará considerado como um “mero dissabor”. Veja que o instituto do “mero dissabor”, surgiu no decorrer do tempo com os inúmeros ingressos de ações judiciais com pedido de dano moral, em muitos casos na maioria das vezes, impossível de ser reconhecida a configuração do dano moral, e conseqüentemente, o poder judiciário passou a sofrer a sobrecarga de ações de indenização descabíveis. Seguindo esta linha de raciocínio, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se sobre o tema da seguinte forma:

Processo: AgInt no AREsp 897048 / SP 2016/0087465-6

Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA

Data da Publicação: DJe 19/12/2019

Data do Julgamento: 17/12/2019

Relator (a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Ementa: AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. MERO DISSABOR. OFENSA À SÚMULA 7/STJ. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, somente é cabível a indenização por danos morais, nos casos de atraso na entrega

do imóvel, quando este ultrapassar o limite do mero dissabor, o que não ocorreu no presente caso.

2. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL, p. 02, 2019).[2]

No julgado acima, os agravantes interpôs agravo interno em recurso especial com pedido de reforma da decisão por entender ser cabível indenização por dano moral, ante o atraso da imobiliária na entrega do imóvel adquirido pelos agravantes. Acontece que a quarta turma do tribunal entendeu não ser cabível a indenização, em razão da não configuração do atraso excessivo.

Assim sendo, há de se perceber perfeitamente que os Tribunais Superiores não têm aceitado qualquer ocorrido como hipóteses de cabimento da indenização por dano moral, já que para restar configurado o dano moral, deve estar presentes os três requisitos, tais como: a prática de ato ilícito, nexo de causalidade, violação ou ofensa ao estado psíquico, intelectual, moral, a dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, bem como, deve estar presente as provas que reputar o alegado.

Ademais, oportuno se faz dizer que, assim como o Código de Defesa do Consumidor prever o **prazo prescricional** das ações indenizatórias por dano moral, os dispositivos do Código Civil também prescreve o prazo de prescrição. No entanto, são prazos diferenciados, isto é, na seara Civil o prazo prescricional é de três anos, conforme art. 206, § 3º, V do Código Civil, já para os consumeristas, o prazo é de cinco anos, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIA

AZEVEDO, Antônio, Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei n o 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 23 de janeiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial, nº 897048**. Agravantes: Samuel Ramos Martins e Thais De Jesus Barreto. Agravado: Juliane Fernandes Pacheco. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. São Paulo-SP, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/795001272/agravo-interno-no-agravo->

em-recurso-especial-agint-no-aresp-897048-sp-2016-0087465-6?ref=serp >
Acesso em: 22 de jan. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAGALHÃES, Jorge de Miranda. **Dano Moral**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2ª ed. São Paulo, LEJUS. 1999.

NOTAS:

[1] AZEVEDO, Antônio, Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial, nº 897048**. Agravantes: Samuel Ramos Martins e Thais De Jesus Barreto. Agravado: Juliane Fernandes Pacheco. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. São Paulo-SP, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/795001272/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-897048-sp-2016-0087465-6?ref=serp>> >
Acesso em: 22 de jan. 2020.

CONDUTA SOCIAL E A PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA BASE

JESSIANE RIBEIRO LIMA:

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostino – UNIFSA – Teresina-PI.

RESUMO: A aplicação da pena no processo penal brasileiro adota o sistema trifásico, e, no momento de aplicação da pena base, são utilizados critérios reitores presentes no artigo 59 do Código Penal. As circunstâncias judiciais serão estudadas com uma análise específica de duas em especial, a saber: a conduta social do agente e a personalidade, mediante análise de inconstitucionalidade frente a um estado democrático de direito, demonstrando também que muitos desses critérios que autorizam a majoração da pena, na verdade fere o princípio do *bis in idem*. Nesse sentido, a sua utilização permite a majoração da pena em razão de análises de condutas as quais não foram previamente tipificadas pelo legislador, referindo-se a uma incidência sem anterior cominação legal. No que tange ao aumento mediante análise da personalidade do agente, há uma valoração não da sua conduta criminosa, mas sim de sua individualidade, e, levando em conta a valoração desses dois critérios elencados no artigo 59 do Código Penal, o que se tem é uma afronta ao estado democrático de Direito.

Palavras-chave: Circunstâncias judiciais. Conduta social. Personalidade.

ABSTRACT: The application of the penalty in the Brazilian criminal process adopts the three-phase system, and, at the time of application of the base penalty, rector criteria present in article 59 of the Penal Code are used. The judicial circumstances will be studied with a specific analysis of two in particular, namely: the agent's social conduct and personality, by analyzing unconstitutionality in the face of a democratic rule of law, also demonstrating that many of these criteria that authorize the increase of the penalty actually hurts the *bis in idem* principle. In this sense, its use allows the penalty to be increased due to conduct analyzes which were not previously typified by the legislator, referring to an incidence without previous legal co-ordination. With regard to the increase through analysis of the personality of the agent, there is a valuation not of his criminal conduct, but of his individuality, and, taking into account the valuation of these two criteria listed in Article 59 of the Penal Code, what we have is an affront to the democratic rule of law.

Keywords: judicial circumstances, social conduct, personality.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aplicação da Pena. 2.1 Individualização da Pena. 2.1.1 Fundamentação Constitucional. 2.1.2 Fases da Individualização da Pena. 2.2 Sistema Trifásico da Pena. 2.2.1 Primeira Fase. 2.2.2 Segunda Fase. 2.2.3 Terceira Fase. 3 Circunstâncias Judiciais. 3.1 Culpabilidade. 3.2 Antecedentes. 3.3 Conduta social 3.4 Personalidade do agente 3.5 Motivos do Crime. 3.6 Circunstâncias Do Crime. 3.7 Consequências Do Crime. 3.8 Comportamento da Vítima. 4 A Inconstitucionalidade da Conduta Social e da Personalidade do Agente como Circunstâncias Judiciais para a Fixação da Pena Base. 4.1 Violação ao Princípio do Bis In idem. 4.2 A Personalidade do Agente e o Estado Democrático De Direito. 4.3 A Conduta Social como Circunstâncias Judiciais. 5. Conclusão. 6. Referencias.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, versando de forma crítica sobre duas das oitos circunstâncias apontadas, sendo elas a conduta social do agente e sua personalidade, no que tange sua inconstitucionalidade mediante ao estado democrático de direito, e, sua contribuição, no que se refere à violação do princípio do bis in idem, além de remeter ao positivismo em analogia com o Direito Penal do autor, ofendendo alguns princípios consagrados na Constituição Federal e princípios do Direito Penal. Para análise do presente tema, o artigo será estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo será contemplada a aplicação da pena no processo penal quando individualizada, bem como, o modelo trifásico de Nelson Hungria adotado pelo artigo 68 do Código Penal, no qual aponta que a pena será dividida em três fases diferentes, sendo a primeira a pena- base, a segunda as agravantes e atenuantes e a terceira as causas de aumento e diminuição da pena.

No segundo capítulo serão elencadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal como dominante e estipulador de critérios para a fixação da pena base, de modo a se tornarem necessários e suficientes para proporcionar a reprovação e a prevenção da conduta, são elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do crime, consequências do crime e o comportamento da vítima.

E por último, o terceiro capítulo analisará a inconstitucionalidade da conduta social e a personalidade do agente bem como a violação ao princípio do In bis idem, a fim de demonstrar que o julgador, ao analisar essas duas circunstâncias presentes no artigo 59 do Código Penal, vai a confronto com os princípios constitucionais, uma

vez que o mesmo acaba operando e adentrando em uma realidade na qual não se tem contato, e que, por muitas vezes, enseja uma fixação de pena injusta.

Partindo dessa premissa, a metodologia utilizada foi do tipo de pesquisa descritiva, bibliográfica e qualitativa em doutrinas e jurisprudências.

2 APLICAÇÃO DA PENA

No Código Penal Brasileiro, em seu artigo 59, é elencado o critério norteador da fixação da pena, da qual são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, consequências do crime, circunstâncias do crime e o comportamento da vítima. Esses critérios serão explanados no decorrer do artigo, a fim de demonstrar a maneira como os agentes aplicadores do direito, estão atribuindo as penas no processo penal.

A priori, faz-se necessário entender que a aplicação da pena é um ato discricionário juridicamente vinculado, ou seja, o juiz está preso as medidas que a lei impõe, porém, dentro dos parâmetros impostos. poderá fazer suas escolhas e chegar a uma aplicação de uma pena justa e adequada conforme as medidas estabelecidas em lei.

2.1 Individualização Da Pena

O crime é uma violação ao bem jurídico tutelado, e, para toda espécie de crime, existirá uma pena justa e exclusiva. Em razão disso, nasce à individualização da pena, ou seja, pena individual para cada pessoa de acordo com o ato praticado.

A individualização da pena é uma garantia constitucional assegurada no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, que assim preconiza: “a lei regulará a individualização da pena [...]”. Segundo Nucci (2014), “individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico”. Portanto, o princípio da individualização da pena assegura que a pena não passará da pessoa do condenado.

2.1.1 Fundamentação Constitucional

O princípio Constitucional da individualização da pena previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, aduz que as penas precisam ser especificadas conforme a natureza e as circunstâncias do delito praticado, como dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Nesse sentido, presume-se que para que um Estado Democrático de Direito opere com dignidade, a pena precisa corresponder ao agente do crime cometido e necessitará ser individualizada por meio de características objetivas e subjetivas. Assim, a resposta ao ato delitivo, deve estar dentro dos parâmetros dos direitos fundamentais.

2.1.2 Fases da Individualização da Pena

No ordenamento Jurídico Brasileiro, existem três fases distintas e complementares que integram a individualização da pena. A primeira é a legislativa, na qual são selecionados os tipos penais do plano abstrato que serão objetos de proteção do direito penal. A segunda fase é a judiciária, que consiste na operação jurídica de fixação da pena que será imposta ao autor do fato típico. Por fim, a fase executória, que diz respeito ao cumprimento da pena após o trânsito em julgado da ação penal condenatória.

2.1.3 Legislativa

A primeira fase denominada como legislativa, ocorrerá com a seleção feita pelo legislador, ao escolher quais condutas integrarão como reprováveis para o Direito Penal, determinando o tipo de pena para cada uma delas de acordo com a importância do bem a ser protegido, como se pode perceber mediante os ensinamentos de Greco (2014):

É a fase na qual cabe o legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo Direito penal, individualizando as penas de cada infração

penal de acordo com sua importância e gravidade. (GRECO, 2014,p. 73)

Nesse sentido, o parlamento deve agir com razoabilidade a fim de evitar desproporcionalidade, ou seja, evitar penas severas para condutas menos ofensivas ou mesmo penas insignificantes para infrações graves. Essa fase é denominada de cominação, na qual o legislador avalia os bens que estarão sob proteção do Direito Penal.

2.1.4 Judicial

O segundo momento da individualização da pena diz respeito à fase judicial e é a competência do julgador para aplicar a pena, tirando-a do plano abstrato e passando ao plano concreto.

Essa etapa possibilita, segundo Grego (2014), que o magistrado, a partir dos parâmetros impostos pelo legislador, possa positivizar a pena, isto é, o julgador ao concluir que o fato cometido pelo agente é típico, ilícito e culpável, irá especificar qual infração foi realizada pelo agente, e assim irá individualizar a pena conveniente a ele. Nesse momento, irá fixar a pena conforme o critério apontado no artigo 59 do Código Penal, de acordo com as circunstâncias judiciais. Posteriormente será levado em consideração as atenuantes e agravantes, e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena.

Dessa forma, observa-se que o legislador atribuiu uma atividade discricionária, no tocante a aplicação do cálculo da pena, contudo, estabeleceu limites a serem observados pretendendo individualizar de maneira adequada a fixação da pena ao crime e à personalidade do autor.

2.1.5 Executória

Nessa fase, o autor já possui uma condenação por delito praticado contra um bem jurídico protegido pelo estado, e já possui uma pena fixada, passando agora a cumpri-la. É neste momento que o princípio da individualização da pena se materializa, sendo, por tanto, feita de forma técnica e científica, jamais podendo ser feita de qualquer forma, pois deve ser aplicada uma forma justa em relação às condições pessoais de cada condenado, sem dispensar a sua classificação.

Desse modo, conclui-se que todas as fases encontram-se interligadas, completando-se na busca do respeito e da aplicação de uma pena justa e digna ao ser humano.

2.2 Sistema Trifásico

Atualmente, o método utilizado para fixação da pena é o modelo trifásico proposto por Nelson Hungria, ou seja, a aplicação da pena será dividida em três fases distintas. Tal método está previsto no art. 68 do CP:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo Único – No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (BRASIL 1940)

Têm-se assim, que a primeira fase é a fixação da pena-base, que deve atender aos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, já mencionados no tópico anterior. Em um segundo momento, deve ser observado se existem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Por fim, verificam-se as causas de aumento ou diminuição da pena.

Dessa forma, após esgotarem todas as vias processuais no método trifásico, a pena aplicada será permanente, assim, não será passível de modificação no grau de jurisdição a qual fora aplicada. A alteração só poderá ocorrer após o reconhecimento do trânsito em julgado da sentença aplicada.

2.2.1 Primeira fase: Circunstâncias judiciais (pena base)

De acordo com Masson (2017), tem-se um parâmetro para as fases posteriores, visto que, o juiz analisará as circunstâncias judiciais enumeradas pelo artigo 59, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Nessa perspectiva, mesmo que todas as circunstâncias sejam a favor do criminoso, a pena base estabelecida não poderá ser menor que a pena mínima correspondente ao crime. Da mesma maneira, ainda que as circunstâncias judiciais sejam completamente desfavoráveis ao infrator, a pena base não deverá ultrapassar a pena máxima prevista em lei. Logo, o juiz estará sujeito aos preceitos legais, impedido de excedê-los.

Além do mais, é importante ressaltar que essas circunstâncias são consideradas como inominadas, uma vez que a lei não oferece denominações

específicas, apenas fornece parâmetros para a sua identificação, cabendo ao juiz, agir de acordo, assim como realizar a análise e, conseqüentemente a fixação da pena base.

2.2.2 Segunda Fase: agravantes e atenuantes na pena provisória

A segunda fase é caracterizada por exercer as circunstâncias legais, isto é, agravantes e atenuantes genéricos cuja finalidade é aumentar e diminuir a pena. Ganham essa denominação, "genéricas", por estarem situadas de modo geral no Código Penal, bem como em legislações especiais, a exemplo disso, tem-se o Código de Trânsito Brasileiro, no qual atua como agravante, enquanto nos crimes ambientais, como atenuante.

De acordo com o artigo 61 do decreto lei 2.848/40 "são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam crime: I. reincidência, II. ter o agente cometido crime, III. por motivo torpe ou fútil [...]".

A agravante contida nesse código prejudicial ao réu encontra-se em um rol taxativo, assim como também as agravantes previstas nos artigos 61 e 62 do mesmo decreto lei, não aceitando analogia in malam partem, uma vez que são expressamente exemplificadas no código em uma lista limitada.

De maneira oposta, as atenuantes favoráveis ao acusado são encontradas no artigo 65 do mesmo decreto lei, mas com o rol exemplificativo, ou seja, não estão limitadas, podendo ser estendidas com futuras interpretações. A lei não situou um percentual de aumento ou diminuição da pena no tocante às atenuantes e às agravantes. Em vista disso, consagrou-se na prática o entendimento que o aumento ou a diminuição deverá ser 1/6 sobre a pena base.

2.2.3 Terceira fase: causas de aumento e diminuição de pena (pena definitiva)

No que diz respeito à última fase da dosimetria da pena, esta se constitui na fixação da pena definitiva, visto que ocorrerá a ponderação das causas de aumento ou diminuição da pena. Conforme Masson (2017, p.784), "incidem sobre o montante resultante da segunda fase da aplicação da pena, (agravantes e atenuantes genéricas) e não sobre a pena base." Nesse contexto, o que difere esta fase das anteriores é a possibilidade da pena alcançada exceder os limites mínimos e máximos que constam no tipo penal, ou seja, a pena poderá se estender para acima do máximo legal, bem como poderá ser estipulada abaixo do mínimo legal.

Essa fase exige também que seja obedecida uma ordem, dado que a princípio o juiz aplica as causas de aumento e posteriormente as causas de diminuição da

pena. Vale ressaltar que as causas de aumento e diminuição da pena se dividem em genéricas, uma vez que é prevista na parte geral do Código Penal, e específicas, que estão contidas na parte especial do código.

3. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Como já visto, o artigo 68 do Código Penal Brasileiro estabelece que no processo de aplicação da pena serão observadas três fases distintas, sendo que, a primeira delas consiste na fixação da pena-base ao infrator, evidenciando as circunstâncias judiciais, e, a partir disso, estendendo-se aos demais cálculos. Nessa lógica, os tipos penais incriminadores possuem uma margem entre as penas mínimas e máximas que possibilitam ao juiz, após a análise das circunstâncias judiciais (previstas no artigo 59 do Código Penal), fixar a pena mais coerente e apropriada ao caso concreto.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Critérios especiais da pena de multa (BRASIL, 1940)

As circunstâncias judiciais deverão ser analisadas de forma obrigatória a partir do momento da fixação da pena base, são elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, consequências do crime, comportamento da vítima. (GRECO, 2014).

Nesse sentido, o juiz irá avaliar as oito circunstâncias de maneira obrigatória, na hora que for fixar a pena base.

3.1 Culpabilidade

A princípio a culpabilidade empregava a expressões “intensidade do dolo e “grau da culpa”, porém, com a reforma da parte geral do código penal pela Lei 7.209/1984, essa circunstância judicial extinguiu esses termos, pois o legislador entendeu que para integrar o fato típico, na ótica finalista, o magistrado averigua se ocorreu o dolo ou culpa, ou seja, ele não está atrelado em analisar se esse dolo foi excessivo ou não, se culpa foi gravosa ou não. Dessa forma, não poderia ter mais elementos a serem relacionados com a aplicação da pena. De acordo com o pensamento de (NUCCI, 2014, P.411):

Entende-se que a culpabilidade tratada no artigo 59 é a culpabilidade no sentido lato- a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, diferentemente da culpabilidade que compõe a existência do delito. Esta última é analisada em conjunto com a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exibibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.

Compreende-se, portanto, que essa culpabilidade como circunstância judicial, não é a mesma que constitui a existência do crime, mas sim uma avaliação do juiz sobre o juízo de censurabilidade da conduta do agente a maior ou menor reprovabilidade do fato cometido. Desse modo, o legislador volta a exigir do juiz uma ponderação da reprovação da conduta cometida pelo autor do crime.

Assim, “quanto mais reprovável a conduta, maior será a exasperação da pena na primeira etapa do processo de dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, mais a pena se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo” (SCHMITT, 2014, p. 114).

Diante disso, conclui-se que se trata de um uma condição a mais na reprovabilidade da conduta do agente.

3.2 Antecedentes

Antecedentes dizem respeito aos fatos acontecidos em momento anterior, na esfera jurídica. São considerados antecedentes criminais aqueles fatos ocorridos antes do delito, sejam eles bons ou ruins. De acordo Masson (2017) “os antecedentes se revelam como um filme de tudo o que ele fez ou deixou de fazer antes de envolver-se com o ilícito penal, desde que contidos em sua folha de antecedentes”.

Nesse sentido, os fatos acontecidos na sua vida passada que não constarem na folha de antecedentes, serão analisados apenas como conduta social. A doutrina e jurisprudência têm considerado antecedentes, sendo assim, consolidada na jurisprudência a aceitação apenas de sentenças condenatórias com trânsito em julgado em data anterior à prática do delito, que não sejam utilizadas como fator de reincidência.

Por um grande período já foi aceito como antecedentes ocorrências policiais e inquéritos policiais instaurados em desfavor do agente, contudo, após decisões e entendimentos diversos, consolidou-se um entendimento pela não aceitação desses elementos com base em princípios constitucionais, como da presunção da inocência e da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF).

Tanto é assim que o assunto foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (verbete n. 444) que diz, *in verbis*: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Assim, o STJ entendeu que o simples fato de responder um processo não quer dizer que tem maus antecedentes, uma vez que só se considera réu culpado com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nucci (2017), a respeito da análise do magistrado perante os maus antecedentes, entende:

Quanto aos antecedentes, a sua aplicação depende do critério do julgador, sendo de consideração facultativa. Ademais, os maus antecedentes devem ser avaliados pelo magistrado no caso concreto, justamente para que demonstrem alguma conexão com o crime cometido pelo agente. (NUCCI,2017,p.741).

Em vista disso, é de suma importância esclarecer que o fundamento da decisão do juiz no momento de avaliar negativamente essa circunstância judicial é essencial, pois o mesmo não poderá genericamente afirmar que o réu é portador de maus antecedentes sem apontar concretamente quais são os fatos referidos no processo que o caracterizam como portador destes.

3.3 Conduta social

A conduta social é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. (NUCCI, 2014, P. 417).

Desse modo, deve ser compreendida como o comportamento do réu perante o meio familiar, o ambiente de trabalho, a forma como ele convive com os outros indivíduos. Nesse sentido, o juiz deve “conhecer” o agente a qual está julgando,

devendo saber se o agente merece uma censura maior ou menor quanto à sua conduta social. Nessa perspectiva, entende-se o porquê das perguntas destinadas ao acusado no momento do interrogatório, bem como as testemunhas arroladas no momento da instrução.

Todo réu tem um passado, uma história precedente à realização de um crime, sendo considerada criteriosamente a sua conduta social, portanto, esse critério é um dos mais importantes motivos da individualização da pena, pois dificilmente terá dois ou mais réu com mesma conduta social. Dessa forma, é importante que seja feita uma análise cuidadosa da vida passada do réu.

3.4 Personalidade do agente

Segundo os ensinamentos de Bitencourt (2014), a personalidade deve ser compreendida como a síntese dos atributos morais e sociais do sujeito. Nesse sentido, deve ser analisada a sua boa ou má índole, seu grau maior ou menor de sensibilidade ético-social, se o acusado possui ou não desvios de caráter de maneira que se reconheça se o crime cometido integra um acontecimento acidental na vida do acusado. Ou seja, trata-se de características exclusivas de cada pessoa, como por exemplo, agressividade, preguiça, frieza, emotividade, passionalidade, bondade, maldade. Logo, entende-se que essa circunstância trata de traços pessoais do réu, o que levará ao magistrado uma avaliação subjetiva do agente.

Mas, avaliar a personalidade não é obra fácil. Exige noções de psicologia e psiquiatria, além de um processo muito bem instruído, que contenha todos os dados e elementos necessários a essa avaliação, sem falar nos inúmeros contatos pessoais que devem manter avaliador e avaliado. (FERREIRA, 2000, p. 87.)

Nota-se que o conceito de personalidade exige um conhecimento psicológico, fisiológico, científico, ou seja, uma complexidade exigida do magistrado no momento da aplicação da pena.

3.5 Motivos do crime

Os motivos que levam à ação criminosa são precedentes e variam de pessoa para pessoa, conforme o interesse ou sentimento de cada indivíduo. De acordo com Boschi (2014):

Apesar da complexidade do tema, inerente à complexidade do mundo das volições, pacificamente entende-se que não há

ação ou omissão humana consciente destituída de finalidades. As pessoas, desde o momento em que acordam, até a hora em que se recolhem para o descanso noturno, exercitam preferências (valorações éticas) e lançam mão de meios materiais para efetivá-las (normação técnica), embora as mais diferentes metas (objetivos) sejam traçadas, dentro ou fora da ética ou da legalidade estrita. (BOSCHI 2014, p. 172)

Todo crime tem um motivo, pois não existe ação ou omissão sem finalidade. Destarte, aquele que pratica um crime impulsionado por sentimento nobre, pode receber menor grau de reprovabilidade. Por outro lado, aquele que for motivado por valor repugnante, deve receber maior censura.

Levando isso em consideração, o motivo do crime pode abranger duas circunstâncias: a consciente que corresponde à vingança; e a inconsciente que remetente ao sadismo. Além do mais, pode ser representado como causa ou ser de razão da conduta. Isso são parâmetros para a avaliação do juiz no que diz respeito à determinação da pena base. Em suma, os motivos do crime não se confundem com o dolo e a culpa, visto que são dinâmicos, mutáveis, desvinculados do tipo penal e revelem os desejos o agente, e podem ou não ser alcançados com a prática da infração penal.

3.6 Circunstâncias do crime

Preliminarmente é importante salientar que as circunstâncias mencionadas no artigo 59 também chamadas de inominadas, por não terem previsão legal e serem pacíficas de análise do juiz. Essas circunstâncias não dizem respeito às atenuantes e agravantes, já que essas têm previsão legal no código penal brasileiro.

Nesse sentido, esses são dados secundários referentes à infração penal, porém não compõem sua estrutura, como por exemplo o maneira da execução do crime, as ferramentas utilizadas em sua prática, as condições do tempo e lugar onde aconteceu o ilícito penal, assim poderá apresentar maior ou menor audácia e acovardamento, demonstrando dessa maneira, a potencialidade lesiva, devendo assim ser passível de análise e averiguação da necessidade de uma pena mais rígida.

Destarte, Bitencourt (2014) aduz que algumas circunstâncias qualificam ou privilegiam o crime, ou, até mesmo, valoradas em outros dispositivos, desse modo, não poderão ser analisadas nesse momento, devendo evitar o in bis idem.

Dessa forma, quando alguma dessas circunstâncias qualificarem ou privilegiarem o crime, ou quando forem reconhecidas em outros dispositivos, o juiz

não poderá avaliar nesse momento, devendo evitar a dupla valoração, ou seja, o réu não poderá ser julgado duas vezes pelo mesmo fato delituoso.

3.7 Consequências do crime

Trata-se de decorrências alcançadas pela ação criminosa, ou seja, efeitos danosos que foram provocados pelo crime em desfavor da vítima e de seus familiares, devendo ser valoradas no momento da fixação da pena base.

Segundo Capez, (2011, p.483) “Dizem respeito à extensão do dano produzido pelo delito, desde que não constituam circunstâncias legais [...]”.

Desse modo, o crime só irá produzir efeitos negativos, quando não configurar atenuantes ou agravantes, ou ainda causas e diminuição de pena, devendo evitar a dupla valoração.

3.8 Comportamento da vítima

Para que se possa entender a cerca dessa circunstância o estudo do conceito da expressão vítima e seu sentido para o Direito Penal é relevante como bem explica Ferreira (2000) ao dizer que:

A palavra vítima deriva de vincere, vencer, triunfar, superar ou de vincire, sacrifício de animais aos deuses e significa, portanto, o vencido, o dominado, o superado. Para o Direito Penal, a vítima é o nome que se dá ao sujeito passivo da relação que tem no pólo ativo o autor da ação. Vítima é a pessoa que sofre a lesão ou a ameaça de lesão. (FERREIRA, 2000, p. 97).

A partir desse conceito, ao começar a análise dessa circunstância, Nucci (2017, p.421), aduz que o comportamento é “o modo de agir da vítima”, ou seja, a vítima contribuiu de certa forma, para a prática do crime.

Nesse sentido, essa circunstância é considerada neutra, bem como pode ser favorável ao réu se, de alguma forma, ficar comprovado que a vítima contribuiu para a prática do crime, ainda que essas condutas não justifiquem o crime, abrandam o grau de reprovabilidade praticado pelo autor do delito, vale ressaltar que esse elemento não poderá ser usado para prejudicar mesmo o réu.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PARA A FIXAÇÃO DA PENA BASE

Para Rodolfo Ferreira (2016), existem dois tipos de critérios usados na fixação da pena-base, amparados no artigo 59 do Código Penal, e, em seu cumprimento, é prática corriqueira nos tribunais a busca por conhecer os costumes, a profissão, as características pessoais, as práticas sociais e até mesmo a orientação sexual do acusado, sobretudo quando existem indícios de mau comportamento quando do convívio social, ou de que tenha qualquer característica em desacordo com os padrões em vigência.

Assim sendo, o magistrado se afasta de suas limitações legais, efetivando não somente uma pura análise dos fatos, mas também uma apreciação e julgamento de traços íntimos do réu, de seus tumultos interiores, bem como de conduta social, constituindo, por conseguinte, uma ofensa a diversos dispositivos constitucionais e um retrocesso ao temido direito penal do autor.

A conduta social e a personalidade do agente, que são dois dos critérios utilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro como reitores para fixação da pena-base, mostram-se totalmente inconstitucionais, e, mesmo estando presentes no artigo 59 do Código Penal, comprovam um anacronismo jurídico em virtude de remeterem ao já defasado positivismo jurídico, afastando-se das conquistas do direito penal do ato e da garantia de uso da culpabilidade do autor, permitindo, assim, uma punição pela manutenção do “eu” e pela conduta de vida.

Ademais, o uso desses critérios fomenta o substancialismo penal e o decisionismo processual, contrariando o modelo hodiernamente abraçado, qual seja o cognitivismo processual.[1]

Ainda de acordo com Rodolfo (2017), diante essa conjuntura, o uso do exame da conduta social e da personalidade do agente, quando do julgamento, comumente deságua em um esteriótipo de indivíduos como criminosos, fundamentado não em fatos comprovadamente delituosos, mas em atitudes socialmente malvistas. Nota-se, pois, o infeliz uso do *labelling approach*, bem como a presença da seletividade penal em nosso sistema jurídico.

Desta forma, conforme o exposto, o *labelling approach* (teoria do etiquetamento social) demonstra-se que as condutas praticadas pelo acusado são selecionadas pelas características do meio o qual está inserido, e não pela conduta criminosa, portanto, o sistema punitivo não combate a criminalidade, e sim atribui rótulos através de uma convenção discursiva.

4.1 Violação ao Princípio do Bis In Idem

O Juiz, ao aplicar o artigo 59, deve ter o cuidado para não incidir em *bis in idem*, ou seja, para não considerar, na análise da personalidade, fatores que já foram utilizados na valoração negativa de outra circunstância judicial; ou que constituam ou qualifiquem o delito; ou, ainda, que caracterizem agravantes ou causa especial de aumento de pena. Em que pese, a análise da conduta social e da sua personalidade, que advém da análise de comportamentos de condutas sociais, já se encontra violando este princípio.

Para Juliana de Andrade (2005), é proibido, que o magistrado se utilize da justificativa de "personalidade deturpada em razão da reiteração criminosa" quando for considerar o aumento de pena relativo ao crime continuado, para não incidir em *bis in idem*.

Por conseguinte, são considerados também na valoração da personalidade os seguintes elementos: laudos psiquiátricos, informações trazidas pelos depoimentos testemunhais e, ainda, a própria experiência do Magistrado em seu contato pessoal com o réu. Não havendo, pois, nos autos, elementos suficientes para o exame da personalidade, ou, ainda, tendo o Juiz a consciência de sua inaptidão para julgá-la, não deve hesitar em declarar que não há como valorar essa circunstância e em abster-se de qualquer aumento de pena relativo a ela. Melhor será reconhecer a carência de elementos ou a própria inaptidão profissional do que acabar agravando a pena do sentenciado por uma valoração equivocada, pobre de provas ou injusta.[2]

Sendo assim, para que não seja violado este princípio, necessita-se que aja o equilíbrio por meio da razoabilidade e proporcionalidade que deve ser estabelecida entre elas, considerando os preceitos constitucionais.

4.2 A Personalidade do Agente e o Estado Democrático De Direito

É inadmissível que, diante de um Estado Democrático de Direito, um modelo jurídico que possui um poder de autodeterminação lhe imponha valores, como bem esclarece Zaffaroni (2001) em seus ensinamentos:

Um exercício de poder que prive da autodeterminação, (...) que lhe impõe (...) sua religião, seus valores, que destrói todas as relações comunitárias que lhe pareçam disfuncionais, que considera seus habitantes como sub-humanos necessitados de tutela e que justifica como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas (ZAFFARONI, 2001, p. 74-75).

Acontece que ao Estado é atribuída a obrigação de exigir que seus membros humanos se orientem pelas regras por ele legalmente emanadas. Contudo, nunca lhe será autorizada a possibilidade de alterar os valores interiores dos cidadãos, como também suas próprias compreensões de vida. Portanto, não se é permitido vedar que os indivíduos sejam internamente ruins, tendo em vista que, sobretudo se conserva o direito de continuar sendo aquilo que é; o que se pode, e se deve, é proibir que ofendam bens jurídicos alheios.[3]

Para Ferrajoli (2010), ocorre essa confusão entre o campo do direito, e da moral promovendo uma associação entre delito e pecado, entre antijuricidade e antissociabilidade. Ainda de acordo com Zaffaroni (2002):

Para limitar a irracionalidade da violência seletiva, a agência judicial deve pautar seu plano decisório na exigência de requisitos objetivos. Para que esta exigência de dados objetivos resulte minimamente racional, tais dados devem ser selecionados de acordo com algum fundamento antropológico ou, pelo menos, não recusar uma base antropológica; por isso, não deve tomar como dados limitadores ou reguladores outras coisas que não seja uma conduta ou ação do criminalizado. Qualquer outro dado resultaria contrário ao conceito de homem como pessoa e, por conseguinte, claramente antijurídico (ZAFFARONI, 2002, p. 248-249).

Por todo o exposto, percebe-se que os critérios usados pelo juiz, quando da fixação da pena-base, extrapolam os limites da reprovação da ação o que vai à contrapartida ao Estado Democrático de Direito.

4.3 A Conduta Social como Circunstâncias Judiciais

Como visto, a conduta social do agente é um dos critérios de fixação da pena-base, na qual está relacionada aos comportamentos do réu em seu meio social, às atividades concernentes ao trabalho, ao relacionamento familiar ou qualquer outra forma de relação social.

Rogério Greco (2007), afirma em relação à conduta do agente que:

Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é seu comportamento

social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal (GRECO, 2007, p. 564).

Ou seja, quando se fala em comportamento social o que se tem em vista é a relação do réu com seu ambiente social. Conduta social, pois, tem a ver modo de comportar-se no espaço social ocupado pelo agente; tem a ver com seu "comportamento (...) nos papéis de pai/mãe, marido/esposa, filho, aluno, membro da comunidade, profissional, cidadão, etc." (FERREIRA *apud* SANTOS, 2011, p. 311).

A doutrina aborda algumas hipóteses de boa conduta social, tendo por base a realidade atual, de um segmento social economicamente favorecido. Em muitos casos, ao analisar a conduta social do réu, o juiz determina como critério a classe social menos favorecida.

Neste sentido, conforme José Ricardo Ramalho (*apud* BARREIROS, 2006, p. 2), tem-se:

O delinquente é identificado pelo fato de ser favelado antes de sê-lo pelo ato de que é acusado. Na favela, habita boa parte das populações pobres dos grandes centros urbanos e que de forma alguma é composta por delinquentes. Não se pode negar que a maior parte dos presos procede de periferias, favelas, bairros pobres, mas a sutileza da argumentação está no fato de que isto não significa que haja uma relação necessária e natural entre ser favelado e ser delinquente: a relação é social. Na sua grande maioria, os moradores das favelas não são delinquentes, mas são tratados enquanto tais pela polícia e pela justiça.

Sendo assim, a conduta social, como critério de fixação da pena-base, tem por fundamento a aplicação dos costumes do acusado, o que não é constitucionalmente admitido, pois ao Estado não cabe regular a vida privada dos cidadãos.

Sergio Salomão SHECAIRA afirma que:

As denominadas circunstâncias judiciais não são, na verdade, "circunstâncias do crime", mas sim parâmetros que vinculam e condicionam a aplicação da pena pelo juiz, limitando assim sua discricionariedade, tendo em vista que deverá levar em consideração tais fatores no caso concreto, mormente para determinar a chamada "pena-base". (SHECAIRA, 2002, 264).

Neste sentido, as circunstâncias judiciais devem ser analisadas uma a uma, de maneira a que fiquem evidentes as razões que levaram o Magistrado a dosar a pena em maior ou menor grau, observando o artigo 93, IX, da Constituição junto com a motivação das decisões judiciais.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, foi possível analisar, por meio da pesquisa realizada, que, majorar a pena levando em consideração a conduta social e a personalidade do agente, aponta uma discordância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, mostrando assim que a análise desses critérios são totalmente inconstitucionais, mesmo estando presentes no artigo 59 do Código Penal brasileiro. Dessa maneira, comprova-se um anacronismo penal uma vez que remetem ao já defasado positivismo jurídico, afastando-se das conquistas do direito penal do fato e permitindo uma punição pela manutenção do eu e pela conduta de vida, havendo, por tanto, resquícios de um direito não admitido pela Constituição Federal.

Desse modo, o positivismo, assim como o Direito Penal do autor, violam princípios determinados pela Constituição Federal e guias do Direito penal, assim, restou demonstrar no decorrer do artigo que a análise desses critérios retrocedem a um Direito Penal não aceito pela Constituição Federal, uma vez que está sendo levado em consideração suas características pessoais, bem como suas atitudes no meio social, comportando assim sua individualidade e não sua conduta criminosa, obtendo uma pena mais grave aquele indivíduo que tem sua conduta ou personalidade reprovada, mesmo que não venha a lesar um bem jurídico.

Nessa perspectiva, nota-se que o uso destas circunstâncias judiciais, no momento de fixação da pena base, representa um notório retrocesso ao período evolutivo do poder punitivo ao valorar características intrínsecas do homem, como sua conduta diária, ou seu comportamento familiar e profissional. Dessa forma, é imprescindível uma análise de condutas que não foram previamente tipificadas pela lei, violando vários princípios constitucionais, onde qualquer aumento de pena, tendo esses critérios como fundamento, equipara-se a uma imposição de pena sem anterior cominação legal, equivalendo, ainda, a uma condenação sumária e inquisitorial por fatos muitas vezes atípicos.

Desse modo, fica evidente a inconstitucionalidade da aplicação da análise das duas circunstâncias expressas na análise realizada pelo artigo, bem como a violação ao princípio do bis in idem, visto que o juiz deveria proferir um julgamento imparcial no tocante à conduta social e à personalidade do agente, uma vez que esses são

totalmente opostos a sua realidade, não cabendo ao magistrado julgar valores que não são seus e que ainda estão distantes da sua realidade.

Dessa forma, pelos diversos motivos apresentados, a análise desses dois critérios na primeira etapa dosimetria da pena revela um atentado aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Pautado nesses motivos, conclui-se que as análises da conduta social e da personalidade do agente são inadmissíveis como critérios decisivos para fixação da pena base, uma vez que foi demonstrada uma afronta ao Estado Democrático de Direito e aos princípios constitucionais, violando assim o garantismo penal, devendo, portanto o sistema possibilitar medidas legais evitando assim critérios vagos e desnecessários, como a conduta social e a personalidade do agente, sob pena de afronte à constituição federal e violação do princípio do *bis in idem*.

REFERÊNCIAS

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus critérios de Aplicação**. 6. ed.rev. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 02 out 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91972/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>. Acesso em 29 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **tratado de Direito Penal**: parte geral 1/ Cezar Roberto Bitencourt. – 20. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo : saraiva , 2014. CAPEZ, Fernando, **curso de Direito Penal**. Imprensa: São Paulo, saraiva, 2011.

COLLE, Juliana de Andrade. **Crériterios para a valoração de circunstância judicial**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6232/criterios-para-a-valoracao-das-circunstancias-judiciais-art-59-do-cp-na-dosimetria-da-pena/2>. Acesso em 17 nov 2019.

CRUZ. Rodolfo Ferreira. **A conduta social e a personalidade do agente**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47000/a-conduta-social->

[e-a-personalidade-do-agente-artigo-59-do-codigo-penal-sob-a-otica-da-constituicao-federal](#). Acesso em nov 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral/ Rogério Greco. – 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral** – vol 1 / Cleber Masson. – 11ª. ed. rev., atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. In: Nucci, Guilherme de Souza. **Princípios de direito penal. Revista atualizada e ampliada**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal**. – 10.ed.rev., atual. e ampl. – rio de janeiro: forense, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

NOTAS:

[1]CRUZ, Rodolfo Ferreira. A conduta social e a personalidade do agente. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47000/a-conduta-social-e-a-personalidade-do-agente-artigo-59-do-codigo-penal-sob-a-otica-da-constituicao-federal>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

[2]COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a valoração de circunstância judicial. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6232/criterios-para-a-valoracao-das-circunstancias-judiciais-art-59-do-cp-na-dosimetria-da-pena/2>. Acesso em 17 de novembro de 2019.

[3]CRUZ. Rodolfo Ferreira. A conduta social e a personalidade do agente. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47000/a-conduta-social-e-a-personalidade-do-agente-artigo-59-do-codigo-penal-sob-a-otica-da-constituicao-federal>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

A EFICIÊNCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

WALQUIRIA GONÇALVES DA SILVA LEAL.
VALDIR RODRIGUES MORAES^[1]

(coautor)

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES^[2]
(orientador)

RESUMO: O presente artigo explana sobre a eficiência da colaboração premiada no combate do crime organizado, bem como a utilização de formas de aplicação diante o caso concreto e as possíveis vantagens na esfera jurídica. O seu objetivo primordial é analisar a importância do instituto da colaboração premiada no combate ao crime organizado à luz da Lei 12.850/2013, assim como, mensurar os benefícios que podem ser concedidos ao agente que celebra um acordo de colaboração premiada. Desta forma, será tratado sobre sua definição, origem, natureza jurídica direito, comparado com abordagem sistemática e didática. Dessa maneira, pretende-se obter ao fim do presente estudo uma análise da utilização deste instituto na Operação Lava Jato, para que assim possa se concluir se o acordo de colaboração premiada é de fato eficaz e necessário no combate às práticas criminais atuais e futuras.

Palavras-chaves: Colaboração Premiada; Delação; Processo Penal; Operação Lava Jato.

INTRODUÇÃO

O estudo foi desenvolvido através da pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, fazendo uso de citações doutrinária. O primeiro capítulo irá tratar sobre a colaboração e delação premiada: conceito, diferença, natureza jurídica, direito comparado, valor probatório, analisando o seu procedimento. No segundo capítulo é realizado uma contextualização do referido instituto junto a Operação Lava Jato. Então no terceiro e último capítulo será exposto sobre: o uso da prisão preventiva para obtenção da Colaboração premiada e seguinte será exposto as considerações finais.

A colaboração premiada possui uma extensão ampliada em consonância com o caso concreto, pois a sua aplicação pode ser implementada a qualquer prática ilícita. Porém possui maior carga de utilização nos crimes praticados por organizações criminosas. Desse modo, pode ser identificado em que a medida da colaboração premiada disciplinada pela Lei 12.850/2013 contribui para combater o crime organizado no cenário brasileiro, como também a importância em buscar conhecer os meios de combate ao crime organizado.

A relevância jurídica da colaboração premiada é de grande notoriedade no cenário brasileiro atual, uma vez que concede benefícios penais aqueles que se utilizem deste instituto para conceder eventuais reparações aos que foram prejudicados de forma direta ou indireta pelas práticas criminosas. Será também analisado os requisitos à serem observados em um acordo de colaboração premiada, sua natureza jurídica conceito, direito comparado, valor probatório e muitos outros.

Apesar de ser um instituto que apresenta muitas controvérsias diante a sua aplicação, alguns defendem tal prática poderia gerar imputações tendenciosas, quanto conferir impunidade aos já condenados. Todavia, por outra vertente se mostra efetivo por atingir alvos dos mais alto escalão além de ampliar com as investigações.

Contudo, deve ser destacado que o instituto abordado não se trata de uma prova, mas um meio para a obtenção de prova. De modo em que possa constatar a sua ocorrência e efeitos na Operação Lava Jato sendo veiculado na mídia que grandes figuras públicas fizeram acordos de colaboração premiada com grandes empresários e até mesmo representantes políticos.

1. Da colaboração e delação premiada: conceito, diferença, natureza jurídica, direito comparado e valor probatório

Os primeiros indícios da delação podem ser encontrados na Idade Média, durante o período da Inquisição, no qual se costumava distinguir o valor da confissão de acordo com a forma em que ela acontecia. Se o corréu confessava de forma espontânea, o entendimento era que ele estava inclinado a mentir em prejuízo de outra pessoa, diferentemente daquele que era torturado. Portanto, a confissão mediante tortura era mais bem valorizada.

Ao contrário do que acontece no direito brasileiro, a confissão não é requisito para que o coautor seja beneficiado pelo instituto da delação premiada, portanto, existe a possibilidade de o acusado não ser premiado apenas pelo fato de denunciar seu comparsa, o que ocorre no caso é a mera confissão, devendo ser considerada como atenuante da pena nos termos do artigo. 65, III, alínea "d" do Código Penal.

Zacarias de Inellas (2000) determina a delação como sendo a confissão do corréu que ao ser interrogado confessa a autoria de um crime e além disso confessa que contou com a participação de um terceiro, seja em coautoria ou participação.

Quanto ao sentido semântico/jurídico da palavra, o jurista e magistrado brasileiro, Guilherme de Souza Nucci (2017), aponta que o instituto da delação quer dizer, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em

delação quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também ajudou de qualquer forma.

A colaboração premiada ocorre quando o acusado ou indiciado, admitindo ter cometido prática criminosa, revela que contou com a participação de uma terceira pessoa, que de alguma forma contribuiu com a prática daquele ato. Vale destacar que a mera delação não dá ensejo a beneficiar o criminoso, haja vista que as informações prestadas devem efetivamente contribuir para fazer cessar a conduta criminosa e assim a mera delação configura confissão devendo ser considerada como atenuante.

A delação premiada é a redução da pena, podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a isenção total da pena para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo Juiz na sentença final condenatória. (BITTENCOURT, 2010).

Luiz Flávio Gomes (2010) aponta que: não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada. Esta é mais abrangente. O colaborador da Justiça pode assumir culpa e não incriminar outras pessoas nesse caso é só colaborador.

Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório ou em outro ato colaboração premiada configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário menos rigoroso.

De acordo com Nestor Távora (2019), para que colaboração premiada tenha força probatória, deve ser submetida ao crivo do contraditório, possibilitando ao advogado do delatado que faça perguntas durante o interrogatório, e se necessário, é possível a marcação de um novo interrogatório para que haja a participação do defensor.

A colaboração, premiada é considerada um negócio jurídico processual, possuindo normas mistas de natureza processual e penal. Há quem sustente que a natureza jurídica da delação/colaboração premiada se subdivide em três, penal, civil e processual; penal por decorrência dos prêmios franqueada; processual penal quanto a sua alocação no tempo e espaço probatório, civil por se tratar de um contrato negocial, muitas das vezes fixado entre o representante do Ministério Público o agente criminoso e o seu advogado.

O STF se posicionou sobre o assunto através do HC-127483 determinando que a delação premiada tenha natureza de: negócio jurídico processual, pois, uma vez que,

além de ser qualificada expressamente pela lei como meio de obtenção de prova, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual.

Percebe-se que a colaboração premiada possui uma natureza tríplice, dividida em três elementos do Direito: Direito Penal material, Direito Penal Processual e Direito Cível, quando exteriorizada através de negócio jurídico muito semelhante a um contrato.

A natureza jurídica processual está estritamente relacionada com o Direito Processual Penal, referindo-se a uma técnica especial de investigação, um mecanismo/instrumento por meio do qual, viabiliza ou facilita o alcance ao qual se destinou a colaboração. Desta feita, envolve o agente (colaborador), bem como os frutos da sua colaboração.

A natureza jurídica material, vinculada ao Direito Penal, engloba aspectos penais que o acordo de colaboração premiada poderá acarretar ao colaborador determinados benefícios penais tais como a redução, substituição ou isenção de pena, aplicar o instituto do perdão judicial, conceder imunidades ou até mesmo implicar no não oferecimento da denúncia.

A Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) define que aquele que contribuir efetiva e voluntariamente com a investigação ou processo, o juiz poderá conceder perdão judicial, reduzir a pena de prisão em até dois terços ou substituir por pena restritiva de direitos.

Assim, para que um réu se torne um delator e goze dos benefícios que a lei lhe oferece, o primeiro passo é manifestar oficialmente o interesse em fazer o acordo. Depois, na presença de advogados e procuradores, o réu revela o que tem para delatar. Se o processo avançar, as partes assinam um termo de confidencialidade para evitar vazamentos.

Só depois que a delação for homologada pela Justiça é que as informações poderão ser usadas nas investigações. Junto com os depoimentos, o delator tem que apresentar provas e documentos. Em troca, recebe uma pena mais leve. Especialistas no assunto defendem que a decisão de se tornar um delator precisa partir voluntariamente do investigado.

Segundo o que determina o artigo. 4^a da lei 12.850/13 a colaboração deve resultar em pelo menos um desses aspectos:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Valor probatório deve ser observado que a Lei 12.850/2013 define colaboração como um meio de produção de prova disso infere-se que ninguém pode ser condenado apenas com base em delações, logo o valor probatório desse instituto é relativo.

A colaboração premiada, à forma como se conhece hoje, é originária do direito italiano, cuja origem se deu na década de 1970, quando o país enfrentava ações terroristas, predominantemente de crimes de extorsão mediante sequestro, além da forte influência das máfias que ali haviam se instalado. No entanto, foi na década de 1980 que o instituto penal em análise obteve maior destaque e eficácia (LOBO, 2016).

Diante desse contexto a Itália criou leis com o objetivo de combater essas práticas criminosas que assolavam o país, auxiliando o Estado no combate aos atos terroristas e as associações da máfia. Foi nesse contexto que surgiu o instituto da colaboração Premiada, sob o escopo da expressão "Colaboradores da Justiça", que inicialmente recebeu a denominação de *pentitismo*, que em português significa algo como "arrepentido", denominação que foi criada pela imprensa italiana quando se referia ao instituto jurídico. Na legislação italiana, o instituto previa para o réu que confessasse sua autoria ou participação em ato criminoso, assim como fornecesse

informações que se mostrassem úteis para elucidação do crime e/ou a possibilidade de impedir a execução dos crimes para os quais a organização criminosa se constituiu, receberia um prêmio legal que variava desde a suspensão condicional do processo e atenuante da pena, até a extinção da punibilidade, além de proteção de sua família, pelo Estado (LOBO, 2016).

Nos EUA, a colaboração premiada é conhecida por *plea bargaining*, que em português significa "um ato de negociação através do argumento", o que pode ser interpretado como "barganhar". O *plea bargaining* é um instituto penal que consiste em uma negociação realizada entre um membro do Ministério Público (MP) e a defesa do acusado, onde esse deve fornecer todas as informações que possui sobre o crime praticado. Em compensação, o MP pode, inclusive, não prosseguir com a acusação. No sistema norte-americano há uma ampla discricionariedade a cargo do MP no que se refere ao processo penal, tanto que o próprio MP é quem comanda a fase investigativa, assim como decide sobre a instauração ou não da ação penal. Há estudos que afirmam a elevada eficiência da *plea bargaining*, dizendo que ela soluciona cerca de 85% dos crimes nos EUA (LOBO, 2016).

Nesse caso, observa-se que difere do que ocorre no Brasil onde, via de regra, imperam o princípio da indisponibilidade e o da obrigatoriedade. Portanto, nos EUA, fica sob a responsabilidade do juiz apenas a fase de homologação do acordo, restando ao MP todas as demais ações que são relativas à realização do pacto de delação entre a acusação e defesa.

No Brasil o instituto da colaboração premiada foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro nas Ordenações Filipinas, em seu Livro V, o qual tratava da parte criminal, vigorando de janeiro de 1603 até o ano de 1830, quando foi editado o Código Criminal do Império do Brasil (PIERANGELI, 2004). Conforme explica Sergio Rodas (2015), o uso do instituto teve seu início no Brasil em movimentos políticos sociais, um deles a inconfidência mineira, quando o coronel Joaquim Silvério dos Reis, delatou os seus companheiros e obteve da fazenda real o perdão de suas dívidas.

Embora não tenha sido em processo judicial, a denúncia de Silvério foi o primeiro caso de delação premiada. Após isto, ele ganhou emprego público, uma mansão, e salário vitalício. Também houve o instituto da colaboração premiada no Golpe Civil-Militar de 1964, com o fim de descobrir supostos criminosos que não concordavam com o regime militar repressivo (GUIDI, 2006).

Na história mais recente, há inúmeros exemplos ocorridos durante os governos após o Golpe Civil-Militar de 1964, seguidos ao Ato Institucional nº 05 (AI-

5), que incluía a delação em condições adversas, geralmente em busca de pessoas contrárias ao governo (SANTOS, 2005).

Durante estes acontecimentos o instituto jurídico foi bastante utilizado com o propósito de revelar os supostos “criminosos” por não adotarem o regime militar repressivo. De tal maneira, que é notória a ampla aplicação da delação premiada em cenários bem anteriores aos aqui destacados.

2. Uso da Colaboração Premiada na Operação Lava Jato

É evidente que a “Lava Jato” é a maior operação de combate à corrupção que este país já presenciou em toda a sua história. À frente, a Polícia Federal investigava um esquema de lavagem de dinheiro que era praticado em uma pequena empresa situada em Londrina no estado do Paraná.

No decorrer das etapas de investigação, houve a manifestação uma rede de doleiros que atuavam em vários Estados do país, doleiros esses que possuíam ligação a um vasto esquema de corrupção na Petrobras, envolvendo políticos de vários partidos e das maiores empreiteiras do país.

Um dos principais articuladores do esquema era o doleiro Alberto Youssef, o qual posteriormente fora descoberto que mantinha negócios com o ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa, bem como com grandes empreiteiras. Já no ano 2014, as duas partes citadas foram presas, dando início a chamada “Operação Lava Jato”.

Tendo em vista um abrandamento de pena, no dia 27 de agosto de 2014 o ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa assina primeiro acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, “dando largada” a algo que se tornaria recorrente a partir de então.

Além de tudo, o ex-diretor não suportava mais permanecer atrás das grades, estivera preso por 07 (sete) dias em um presídio localizado em Piraquara, região metropolitana de Curitiba, e voltara bastante aterrorizado com a experiência.

Por isso ocorria muita esperança entre os investigadores que coordenavam o acontecido quanto ao primeiro depoimento a ser prestado pelo ex-diretor - haja vista a possível possibilidade de suas declarações - que naquele momento introdutivo da investigação poderiam “iluminar” caminhos ainda desconhecidos.

Conforme prestava o seu depoimento, Paulo Roberto Costa, ia detalhando o funcionamento do gigantesco esquema criminoso do qual fazia parte, além de

divulga o nome dos demais partícipes. Nesse primeiro depoimento, o ex-diretor citou a participação de 27 (vinte e sete) políticos, 03 (três) governadores e 14 (quatorze) deputados federais, dentre os quais estavam inclusos grandes nomes do cenário político nacional.

Declarou que o esquema funcionava também em outras diretorias da Petrobras, não sendo algo exclusivo da que estava sob sua chefia (Diretoria de Abastecimento). Revelou a existência de um cartel, conhecido como “Clube das 16”, o qual fora criado para fraudar as licitações bilionárias realizadas pela Estatal.

Este cartel era constituído por inúmeras empreiteiras, que se reuniam e decidiam quem ficaria com cada uma das obras e cada contrato, bem como qual seria o percentual desviado para pagamento de propina. Expôs que os valores superfaturados possuíam destino certo, sendo que o empresário que prestava esse tipo de serviço à Petrobras previa uma margem de lucro de 10% a 20%, sendo que sobre esse montante, e empresa em questão colocava mais 1% a 3% no preço final e depois repassava essa quantia para o grupo político que comandava cada diretoria.

Destaca-se que para afirmar o que estava alegando, o ex-diretor exibiu dados que corroboravam as suas afirmações e eventual separação de valores pagos a títulos de propinas no êxito das empreitadas criminosas.

A colaboração do ex-diretor foi de grande valia e utilidade para o curso das investigações, assim como para os cofres públicos, haja vista os 79 (setenta e nove) milhões de reais que foram restituídos à Justiça pelo delator. Finda a sequência de depoimentos do acordo firmado, Paulo Roberto Costa, foi liberado para cumprir prisão domiciliar no dia 1º de outubro de 2014.

Em análise no que o ex-diretor havia celebrado o referido acordo com a Justiça, o doleiro Alberto Youssef não via outra saída que não delatar. Dessa maneira, quase dois meses depois da delação de seu comparsa, o doleiro chegou a um acordo com o Ministério Público Federal. O próprio advogado do acusado, Antônio Figueiredo Basto, anunciou que seu cliente iria fazer uma “confissão total”.

Vale recordar que o doleiro Alberto Youssef já havia quebrado um acordo celebrado anteriormente (caso Banestado), não podendo dessa forma realizar novo acordo. Além do que, a defesa afirmava que o doleiro é um “criminoso costumado”, portanto, as suas declarações não seriam confiáveis.

Diante disso, fora levantado um novo questionamento, o qual buscava entender até que ponto iria á confiança da Justiça em um acusado reincidente. A subprocuradora Ela Wiecko manifestou-se favoravelmente quanto ao acordo

assinado entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef na Lava Jato, emitindo o seguinte parecer:

A circunstância (quebra de acordo anterior) foi considerada para limitar os benefícios no segundo acordo. O MP apresentou condições mais rígidas. Enquanto outros colaboradores se encontram em prisão domiciliar, Youssef permanece em regime fechado e assim permanecerá (NETTO, 2016, p.265)

Quanto a esse ponto, o relator do pedido, o ministro Dias Toffoli, afirmou que:

O ministro que homologa uma delação não pode analisar a credibilidade do autor. Ao homologar acordo de delação, o juiz não faz avaliação de depoimentos prestados antes ou depois. Não cabe ao Judiciário examinar aspectos como conveniência ou condições, nem atestar a veracidade em fatos contidos (NETTO, 2016, p.265).

Dentre às condições agraciados no acordo firmado, este previa de igual forma ao acordo de Paulo Roberto Costa que o colaborador indicasse todos os delitos cometidos por ele e pela organização criminosa da qual fazia parte, desse o nome dos demais envolvidos, juntasse elementos probatórios, bem como que restituísse à Justiça os vários bens e valores oriundos (50 milhões de reais) de suas práticas criminosas.

Em respeito ao acordado, o doleiro explicou como era feito todo o desvio, expôs o nome dos envolvidos, além de descrever como funcionava a engrenagem do esquema de propina. Para provar o que afirmava, Alberto Youssef juntou diversos documentos.

Em desfecho, depois da homologação de seus acordos, como também depois de investigadas e provadas às alegações prestadas, os dois primeiros colaboradores foram agraciados com as benesses previstas legalmente. Com a sua colaboração, Alberto Youssef teve sua pena reduzida de maneira significativa; tendo-a cumprido por 03 (três) anos em regime fechado.

A indispensabilidade da aplicação do instituto em decorrência das numerosas opiniões emitidas ao instituto, muitas foram às autoridades do meio jurídico que emitiram o seu parecer acerca da utilização da colaboração premiada como meio de prova. O juiz Sergio Moro, parte relevante da “Operação Lava Jato”, quando indagado sobre o acúmulo de delações feitas na operação, esclareceu:

Tem que ser compreendido que esse caso (Operação Lava Jato) não envolve um único crime, são vários crimes, são dezenas de crimes, são centenas de crimes. Havia um sistema de corrupção, portanto não é possível se pegar um único criminoso pra desvendar todo o esquema criminoso, daí a necessidade de o Ministério Público fazer acordo com várias dessas pessoas. Então eu acho que é possível se justificar acordos com criminosos menores para se chegar a criminosos maiores (MORO, GLOBONEWS, 2017, s.p.).

Desse modo, além da relevância investigativa e pecuniária das primeiras colaborações, estas também motivaram os demais investigados a seguirem os mesmos passos. Tal como o ex-gerente executivo da Petrobrás, Pedro Barusco, que de igual forma celebrou o acordo e restituiu aos cofres públicos um montante de 100 (cem) milhões de dólares.

Após completar seis anos da Lava Jato, foi identificado que durante este lapso foram 70 fases, 1.343 buscas e apreensões, 130 prisões preventivas, 163 prisões temporárias, 118 denúncias, 500 pessoas acusadas, 52 sentenças e 253 condenações (165 nomes únicos) 2.286 anos e 7 meses de pena. Mais de R\$ 4 bilhões já foram restituídos por intermédio de 185 acordos de leniência, nos quais se combinou a restituição média de cerca R\$ 14,3 bilhões de reais.

Além de tudo, foi oferecido um total de 38 ações civis públicas, mostrando aumento no ano de 2019 no total de 12, abrangendo ações de improbidade administrativa contra três partidos políticos (PSB, MDB e PP).

3 O uso da prisão preventiva para obtenção da colaboração premiada

A prisão preventiva é um instituto do Direito Processual Penal que consiste em uma medida cautelar de privação da liberdade pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, disciplinada pelo Código de Processo Penal em seu artigo 312.

Neste sentido Aury Lopes Junior conceitua a prisão preventiva como uma prisão processual de natureza cautelar, decretada pelo juiz na investigação policial ou no processo criminal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sempre que preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Conforme, o código de processo penal a prisão preventiva é medida cautelar, que tem como objetivo assegurar o resultado útil da investigação e do processo. Como

é uma medida cautelar extrema, deve ser utilizada em último caso, excepcionalmente.

Dessa forma só deve ser utilizada como última medida, pois é necessário que haja uma análise prévia da viabilidade de empregar outras medidas cautelares, como as previstas no art. 319, CPP a exemplo, o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado: permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações, proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante, dentre outras.

Como serve para justificar a proteção da persecução penal, deve estar fundamentada nos requisitos elencados no art. 312 do CPP, que são: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

Percebe-se que em sede da operação Lava Jato existem investigados que foram presos preventivamente e após um, certo período no cárcere, fizeram acordo de colaboração premiada, podendo citar: Antônio Palocci, Joesley Batista, Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef, dentre outros. Dos exemplos citados, o caso que será analisado no presente estudo será o que envolve o Antônio Palocci. A razão da escolha desse caso está no fato de que Palocci permaneceu preso preventivamente desde setembro de 2016, impetrando diversos Habeas Corpus na Justiça sendo todos negados, mas foi solto pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 29 de novembro de 2018, em virtude de acordo de delação premiada firmado com a Polícia Federal e homologado pelo Desembargador João Pedro Gebran Neto em junho do mesmo ano.

Palocci foi preso investigado pelos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e associação criminosa, dando ensejo à Ação Penal n. 5054932-88.2016.4.04.7000/PR. A prisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no HC 5045442-90.2016.4.04.0000/PR, julgado em 14.12.2016 e impugnada no âmbito do STJ, por meio do HC 387.557/PR que, por sua vez, em 26.4.2017, não conheceu a medida. A prisão preventiva imposta foi mantida em sentença condenatória recorrível proferida, em 26.6.2017, em primeiro grau.

No STF, foi impetrado também o HC n. 143.33359, caso em que houve divergência nos votos dos Ministros, que obteve maioria para manutenção de Palocci na prisão.

De um lado, rejeitaram o pedido de liberdade da referida prisão preventiva os Ministros Edson Fachin, relator do processo, Alexandre Moraes, Barroso, Fux, Rosa Weber e Carmem Lúcia. Em sentido contrário se posicionaram os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Desse HC, surtiram algumas discussões entre os ministros sobre os pressupostos a serem atendidos para a prisão preventiva, como o prazo excessivo para compor a questão, tendo em vista que se passaram mais de quatro anos entre a prática da conduta e o encarceramento, a ausência de fundamentos para manutenção da custódia.

Segundo entendimento do Ministro Lewandowski, já havia tempo suficiente para exame do processo de Palocci, destacando também sua primariedade e bons antecedentes, o que não era motivo suficiente para manutenção da custódia. Destacou, ainda, que a prisão preventiva está ancorada exclusivamente na garantia da ordem pública, que se consubstancia, em caso, na probabilidade de reiteração delitiva – o que, no entendimento do ministro, é motivo frágil, diante do lapso temporal de mais de quatro anos entre a prática da conduta criminosa e o encarceramento.

O Ministro Gilmar Mendes destacou que a prisão não mais era necessária e deveria ser reavaliada conforme a evolução das circunstâncias, bastando a aplicação de medidas cautelares diversas, como as presentes no art. 319 do CPP, tendo em vista que não há acusação de crimes violentos, não sendo a segregação a forma única de acautelar a sociedade.

É de causar estranheza o fato de que Palocci passou dois anos preso preventivamente, utilizando-se de todos os meios processuais para converter a decisão de prisão e conquistar sua liberdade, sendo todos esses meios negados, inclusive pelo STF, para posteriormente, após prestação de informações através de acordo de colaboração premiada ser solto.

Sobre esse aspecto, até os Ministros do STF, na votação do HC 143.333, posicionaram-se que a prisão preventiva para obtenção da colaboração premiada é ilegal, tendo em vista que não constitui fundamento legal para a custódia. O Ministro Gilmar Mendes advertiu que não se pode, volto repetir, usar a prisão provisória para obter delação premiada. Isso é tortura, em qualquer lugar do mundo, e é preciso deixar isso muito claro; e isso é um vilipêndio a nossa história constitucional, e a história constitucional de qualquer país do mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente estudo foi observado que a colaboração premiada é um meio de produção de provas à disposição do estado com o fim de buscar a verdade formal no processo penal, sendo um instituto que pode ser usado na fase pré-processual ou processual com o objetivo de combater o crime organizado em especial os praticados por organizações criminosas e principalmente os crimes de colarinho branco.

Trata-se de um instituto jurídico que auxilia o estado a identificar ou ao menos tentar identificar outros participantes envolvidos em atividades criminosas, buscando prevenir e reprimir essas condutas ilícitas.

Dessa forma tal instrumento possibilita vantagens investigatórias e processuais que não seriam conseguidos de outra maneira, tendo em vista que ninguém melhor do que os participantes de um crime para elucidar aspectos de como e quando o crime aconteceu a forma de atuação da organização criminosa.

É importante ressaltar que a colaboração premiada somente pode ser considerada válida se houver o preenchimento de todos os requisitos estabelecidos na lei sendo vedada sua obtenção por meio de prisão preventiva.

Portanto é notório que o acusado ou investigado renuncia ao direito constitucional do silêncio em virtude do acordo de colaboração premiada.

Apesar de haver parte da doutrina que é contrária ao uso do desse instituto fica evidente que as peculiaridades que são apresentadas pelas organizações criminosas atualmente exigem uma reestruturação da dogmática penal em virtude da ineficiência do estado dessa forma a colaboração surgiu como uma alternativa a disposição do estado no combate à criminalidade.

Percebe-se que esse instituto auxilia a justiça encontrar outros indivíduos que também incorreram em ilícitos penais, e que na ausência da colaboração premiada dificilmente seriam conhecidos e eventualmente condenados.

Nota-se ainda que esse instituto ganhou mais notoriedade na Operação Lava Jato e assim deu mais celeridade e eficácia à operação, tendo em vista que foi através de acordos de colaboração que se chegou a determinadas pessoas envolvidas no crime organizado.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código penal comentado**. 6ªed São Paulo Saraiva 2010.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 162154. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma.** DJe: 08/05/2019.

Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749756468>.
Acesso em: 13 de abril de 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília: Casa Civil, 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC n. 509030. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma.** DJe: Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901287822&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>.
Acesso em: 09 de junho de 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 109463. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma.** DJe: 21/05/2019.
Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900712031&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>.
Acesso em: 10 de março de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC n. 143333/PR. Relator(a): Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno.** Julgado em 12/04/2018, publicado em processo eletrônico DJe-055. Divulgado em: 20/03/2019, publicado em: 21/03/2019.
Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749413076>
Acesso em: 11 de março de 2020.

Diário do Poder. Lava Jato completa seis anos com R\$ 4 bi devolvidos, 500 acusados e 165 condenados. 2020. Disponível em: <<https://diariodopoder.com.br/lava-jato-completa-seis-anos-com-r-4-bi-devolvidos-500-acusados-e-165-condenados/>> Acessado em: 06 de abril de 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Delação premiada.** Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/conheca-um-pouco-mais-sobre-a-delacao-premiada>; Acesso em: 8, abril 2020.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

INELLAS, Gabriel César Zacarias de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: Juarez de oliveira, 200.

Lei Nº 11.530, de 24 de outubro de 2007. Diário Oficial da União

Lei Nº 2.848 de 07 de dez de 1940. Institui o Código Penal. **Diário oficial da União**.

LOBO, Iury Jim Barbosa. Delação premiada: uma análise sobre a sua validade e eficácia no curso do processo penal. **Jus.Com.Br**, abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2mgZhiF>. Acesso em: 10 abr. 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. – 17ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2020.

NETTO, Vladimir. **Lava Jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

Prefácio de Aury Lopes Jr. na Obra “Barganha e Justiça Criminal Negocial”, de Vinicius Gomes de Vasconcelos.

RODAS, Sergio. Delação premiada foi responsável pela morte de Tiradentes, há 223 anos. **Consultor Jurídico**, 2 mai. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2GwYmSZ>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SANTOS, Abraão Soares dos. A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.818, 29 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7353>. Acesso em: 10 abr. 2020.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 14ª. ed. Bahia: Juspodivm, 2019.

YOUTUBE. **Sergio Moro responde Gerson Camarotti Globonews sobre se há excesso de delação premiada e acordos. GLOBO NEWS**. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f4qZVETRPCQ> . Acesso em: 08 de abril 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA *Email:valdir15rm@hotmail.com*

[2] Orientador, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail:gustavormtradv@hotmail.com

PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR NO ÂMBITO MUNICIPAL

FERNANDA APARECIDA RODRIGUES:

Bacharelada em Direito pelo IESB - Instituto Educacional Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO^[1]

(orientadora)

RESUMO: O princípio da descentralização e municipalização na gestão e implementação das políticas sociais públicas ocorreu com a promulgação da Constituição Federal em 1988, reconheceu o Município como instância administrativa e de formulação de normas para as políticas públicas. Com a promulgação da Lei Federal nº 13.019/14 e suas diversas alterações, o regime de parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, buscam viabilizar as parcerias, com o objetivo de melhorar o atendimento à população, agilizar a prestação de serviços, diminuindo problemas como falta de servidores e de orçamento. No entanto o município como responsável pela execução dos gastos sociais (cofinanciados pelos entes Estadual e Federal) necessita desenvolver com eficiência não apenas no aspecto financeiro, mas principalmente com políticas de gestão e desenvolvimento social, que devem ser construídas a partir da descentralização de poderes.

Palavras-chave: Descentralização, Municipalização, Políticas sociais.

ABSTRACT: The principle of decentralization and municipalization in the management and implementation of public social policies occurred with the promulgation of the Federal Constitution in 1988, recognizing the Municipality as an administrative and formulation of rules for public policies. With the enactment of Federal Law nº 13.019/14 and its various amendments, the partnership regime between the Public Administration and Civil Society Organizations seeks to make partnerships possible, with the aim of improving service to the population, streamlining the provision of services, reducing problems such as lack of servers and budget. However, the municipality as responsible for the execution of social expenditures (co-financed by the State and Federal entities) needs to develop efficiently not only in the financial aspect, but mainly with management and social development policies, which must be built from the decentralization of powers.

Keywords: Decentralization, Municipalization, Social policies.

SUMÁRIO:-Introdução. 1. O estado e a descentralização. 1.1 o estado e suas finalidades. 1.2 A descentralização e o estado regulador. 2. Políticas públicas e municipalização. 3 O terceiro setor. 3.1 As organizações do terceiro setor. 3.1.1 As associações. 3.1.2 As fundações. 3.1.3 As organizações sociais. 3.1.4 As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP. 4 Parcerias do estado com o terceiro setor. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Os recursos financeiros dos municípios são poucos para fazer frente à demanda da população em relação aos serviços municipalizados, para atender minimamente o exigido, a saída encontrada pelos municípios foi fazer parcerias com o terceiro setor, que por sua vez, em sua maioria, não tem o preparo adequado para o atendimento da população, a falta de uma fiscalização efetiva dos serviços prestados, gera grande possibilidade de corrupção e troca de favores políticos.

Os recursos públicos não são restritos apenas às entidades possuidoras de condições, avaliáveis antes do repasse e de acordo com a legalidade, impessoalidade, eficiência, publicidade e moralidade, bem como, nem sempre o objeto é preciso e as metas a serem atingidas não são estabelecidas de modo claro.

Às vezes os recursos são utilizados para finalidades diversas das inicialmente previstas, além da apresentação de documentação inidônea para comprovação de despesas, somado a locais precários e falta de mão de obra qualificada.

Porém é inegável a importância das parcerias dos Municípios com as entidades do terceiro setor, desde que feitas com transparência, critérios e a imprescindível fiscalização, garantindo a qualidade na prestação de serviços para a população de menos poder aquisitivo e que dependem dos serviços públicos.

Assim o tema do presente trabalho visa estudar a relevância da parceria dos Municípios com as entidades do Terceiro Setor.

1. O ESTADO E A DESCENTRALIZAÇÃO

1.1 O ESTADO E SUAS FINALIDADES

O termo Estado (do latim “status”) segundo o dicionário “Wikipédia, a enciclopédia livre” é datada do século XIII e se refere a qualquer país soberano, com estrutura própria e politicamente organizada, bem como designa o conjunto das instituições que controlam e administram uma nação.

Alexandrino, Marcelo em sua obra Direito administrativo descomplicado, assim define Estado: (2017, p. 15),

“O Estado é pessoa jurídica territorial soberana, formada pelos elementos povo, território e governo soberano. Esses três elementos são indissociáveis e indispensáveis para a noção de um Estado independente: o povo, em um dado território, organizado segundo sua livre e soberana vontade. O Estado é um ente personalizado. Apresenta-se - tanto internamente quanto nas relações internacionais, no convívio com outros Estados soberanos - como sujeito capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica.”

Na democracia, a sociedade permanece à margem do Estado. Sendo importante não apenas para efeito de a sociedade promover a fiscalização e o controle sobre o Estado, mas também para a realização das necessidades coletivas. Relevante, portanto, a diferenciação entre Estado e sociedade para fins políticos, porque importante à democracia e relevante para a promoção das garantias mínimas de vida à sociedade.

Assim, pode-se ver a relevância do Estado trabalhar em prol da sociedade, garantindo condições mínimas de vida à sociedade conforme determinado na Constituição Federal.

Os princípios da Legislação brasileira foram elaborados tendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como uma das bases, como afirma Justen Filho (2005, p. 65 ss),

“Todo o sistema jurídico desenvolve-se a partir do princípio da dignidade da pessoa humana; somente adquire sentido e se torna compreensível em virtude dele. Ele não apenas está acima dos demais princípios, está antes deles. A antecedência é referida não no sentido cronológico, mas lógico. Todos os princípios jurídicos se vinculam à dignidade da pessoa humana, que consiste na concepção de que o ser humano não é instrumento, em qualquer das acepções que a palavra apresente. O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o protagonista de toda a relação social, e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de “fins últimos” de outros seres humanos ou de uma “coletividade”

indeterminada. Não há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida com integridade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. A dignidade relaciona-se com a "integridade" do ser humano, na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais."

As garantias de condições mínimas de vida à sociedade, estão diretamente relacionadas à dignidade da pessoa humana e compromete todo exercício da atividade econômica. Assim, tanto o setor público quanto o privado estão empenhados na realização desse fundamento constitucional. Somente com a participação de todos, garantirá o Estado, condição digna de vida a toda população.

1.2 A DESCENTRALIZAÇÃO E O ESTADO REGULADOR

Sendo o titular dos serviços públicos, o Estado deve prestá-los da melhor forma possível. Assim, pode, em casos específicos, dividir a tarefa da execução, não podendo, em nenhuma hipótese, transferir a titularidade do serviço. O certo é que, possível à parceria, podem os serviços públicos ser executados direta ou indiretamente.

O Estado, por seus diversos órgãos e nos diversos níveis da federação, estará prestando serviço por execução direta quando, dentro de sua estrutura administrativa, ministérios, secretarias, departamentos, for o titular do serviço e o seu executor. Assim, o ente federativo, será tanto o titular do serviço, quanto o prestador do mesmo. Esses órgãos formam o que a doutrina chama de administração centralizada, porque é o próprio Estado que, nesses casos, centraliza a atividade.

CARVALHO FILHO (1999, p.229), conclui:

"O Decr. lei n°. 200/67, que implantou a reforma administrativa federal, denominou esse grupamento de órgãos de administração direta (art. 4°, I), isso porque o Estado, na função de administrar, assumirá diretamente seus encargos".

Por outro lado, identifica-se a execução indireta quando os serviços são prestados por pessoa diversas das entidades formadoras da federação.

Ainda que prestados por terceiros, o Estado não poderá nunca abdicar do controle sobre os serviços públicos, afinal, quem teve o poder jurídico de transferir atividades deve suportar, de algum modo, as consequências do fato.

Essa execução indireta, quando os serviços públicos são prestados por terceiros sob o controle e a fiscalização do ente titular, é conhecida na doutrina como descentralização.

Leciona BANDEIRA DE MELLO (1998, p.65):

“A atividade é descentralizada quando é exercida, por pessoas distintas do Estado. Na descentralização o Estado atua indiretamente, pois o faz através de outras pessoas, seres juridicamente distintos dele, ainda quando sejam criaturas suas e por isso mesmo se constituam em parcelas personalizadas da totalidade do aparelho administrativo estatal”.

Importante não confundir descentralização com desconcentração. Esta é procedimento eminentemente interno, significando, tão somente, a substituição de um órgão por dois ou mais com o objetivo de acelerar a prestação do serviço. Na desconcentração o serviço era centralizado e continuou centralizado, pois que a substituição se processou apenas internamente.

Na desconcentração, as atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre um e outros. Isso é feito com o intuito de desafogar, ou seja, desconcentrar, tirar do centro um grande volume de atribuições para permitir o seu mais adequado e racional desempenho.

Esclarece Figueiredo (2004, p.35):

“Neste modelo de Estado, que vem sendo implantado no Brasil desde a década de 1990, o Governo deixa de intervir em áreas importantes da economia nacional e delega a prestação de serviços públicos a empresas privadas. De provedor o Estado passa a regulador, estabelecendo-se uma nova relação entre os cidadãos e o Governo”.

Ante tal fato, o Estado passa a descentralizar suas atividades fundamentais para as empresas do Segundo e Terceiro Setores. Para Merege e Barbosa (2001, p.98):

“A descentralização social consiste em retirar do Estado a execução direta ou indireta de atividades de relevância coletiva que possam ser cometidas a unidades sociais já existentes, personalizadas ou não, como a família, o bairro, as agremiações

desportivas, as associações profissionais, as igrejas, os clubes de serviço, as organizações comunitárias etc”.

Figueiredo (2004, p.43) complementa que:

“Desde que o Estado se deu conta que não tem recursos para os investimentos necessários, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de serviços públicos. Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas não modifica a sua natureza pública. O Estado conserva responsabilidade e deveres em relação a sua prestação adequada”.

Para Justen filho (2005, p.449):

“A regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado Regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos”.

O modelo de Estado Regulador, busca a retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia de realização dos direitos fundamentais, mas apenas à modificação do instrumental para tanto.

Aumenta, assim, a importância do Terceiro Setor na prestação de serviços públicos. As organizações do Terceiro Setor representam uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa.

Desta forma, há um significativo aumento da participação das organizações do Terceiro Setor, ante ao novo papel do Estado de regulador e normatizador, crescendo a importância do Terceiro Setor no desenvolvimento socioeconômico da sociedade.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E MUNICIPALIZAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) introduziu os princípios da descentralização e municipalização na gestão e implementação das políticas sociais públicas. Reconhecendo o Município como instância administrativa e de formulação de normas para as políticas públicas, que são o conjunto de ações desencadeadas pelo Estado, nas esferas federal, estadual e municipal, com vistas ao bem coletivo. Elas podem ser desenvolvidas em parcerias com organizações não governamentais e, como se verifica mais recentemente, com a iniciativa privada. No entanto, a municipalização está sendo implantada dando mais importância ao crescimento econômico do que as políticas sociais.

O município como responsável pela execução dos gastos sociais (cofinanciados pelos entes Estadual e Federal) não vem conseguindo fazer destes uma ferramenta importante para a política de geração de renda, isso porque, os gastos sociais não são vistos como investimentos. Entretanto, a municipalização não está apenas relacionada com responsabilidades financeiras, mas principalmente com políticas de gestão e desenvolvimento social que são construídas a partir da descentralização de poderes.

A municipalização é a atribuição de competência, aos municípios, pela CF/88, de acordo com suas especificidades locais.

O município não deve ser apenas executor, mas, também, coordenador e normalizador das políticas setoriais, para que essa se enquadre no perfil desejado do município. No entanto, não é isso que ocorre. A municipalização não está sendo implementada como deveria.

Sendo uma inovação na forma de administrar o que é público, não deveria existir centralização, como atualmente acontece, tanto de poderes entre as esferas quanto o poder (principalmente municipal) do administrador público em relação à sociedade civil.

Conforme ensinam Beterra e Martins (2004, p. 167):

“Em busca dos objetivos de descentralização e de municipalização, o sistema social brasileiro voltou-se para a busca de cogestão nas três esferas do governo, por meio da ampliação do envolvimento e da participação da sociedade civil nas decisões e na formulação das políticas, na perspectiva de uma maximização de recursos como forma de enfrentamento do quadro social”.

A municipalização não pode acontecer sem planejamento e infraestrutura. Requerem um amadurecimento técnico, administrativo e operacional de cada município para o enfrentamento de novas responsabilidades, a fim de garantir a realização de seus objetivos de maior participação política da sociedade civil, maior flexibilidade nas ações e maior capacidade de resposta às demandas da população. A municipalização pressupõe o desencadeamento de um processo implícito de sensibilização e aprendizagem de todos os gestores das políticas, agentes sociais e políticos (capacitação técnica e política por parte do poder público e também da sociedade civil).

No que diz respeito à cooperação financeira advinda da União e do Estado, o Município, para administrá-la e executar suas responsabilidades constitucionais, deve adquirir um mínimo de competência coordenativa e normativa, não bastando repassar valores para entidades do terceiro setor, sem uma política de fiscalização, inclusive dos serviços prestados.

O recurso de uma política setorializada não deve ser visto apenas como algo financeiro, mas também como um fator de extrema importância para a implantação dessa política. Pois, será através desse recurso que se planejará as ações e se discutirá as necessidades e prioridades. E não seria, apenas, como algo pré-estabelecido pelo governo federal ou estadual, em que o município apenas administre financeiramente.

O município, sozinho, não consegue prestar os serviços sociais a contento. De tal fato, surgiu a necessidade de uma solução, numa tentativa de solucionar o problema, apareceu a ideia de um novo modelo de administração mais enxuto e eficiente e para tanto precisava contar com o auxílio dos cidadãos, assim nasceu a parceria do município com o terceiro setor.

O Estado segundo nossa Constituição Federal de 1988, responsável pelos serviços de Saúde, Educação e Assistência Social, é obrigado a prover estas atividades de forma que a sociedade atinja condições mínimas de sobrevivência em busca de uma vida digna. Surge, assim, o Terceiro Setor como umas das respostas possíveis à crise do Estado no âmbito da prestação de serviços sociais.

A Lei 13.019/14, só entrou em vigor para os Municípios a partir de 1º de janeiro de 2017, conforme definido no § 1º do art. 87, uma norma muito recente, assim justificável dificuldades para sua implantação e aplicação, essa Lei define diversos regramentos, que buscam ordenar as Parcerias, dentre as quais se destacam o Chamamento Público, e os Termos de Colaboração e de Fomento, respectivamente.

3. O TERCEIRO SETOR

Antes do surgimento da Sociedade Civil Organizada, tínhamos na Sociedade apenas dois setores, o público e o privado, com características diversas, de um lado ficava o Estado, a Administração Pública (Primeiro Setor) e de outro lado, o Mercado, a iniciativa particular (Segundo Setor). Com a descentralização o Estado se matem como titular e responsável do serviço público, porém através de parcerias, divide a execução dos serviços com Empresas e a Sociedade Civil Organizada (Terceiro Setor).

Pietro, Maria Sylvia Zanella Di (2018, p. 686) defende que:

"...terceiro setor, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por: a) iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe proteção e, em muitos casos, ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento;..."

O Estado, como primeiro setor, tem como objetivos percebidos administrar os bens e o interesse público, garantir a governabilidade e praticar atos dos três poderes: Legislativo, Executivo e o Judiciário.

As organizações do mercado, como segundo setor, são responsáveis pela produção de bens e serviços, cujo objetivo é a maximização do lucro e sua apropriação privada por um grupo restrito de pessoas.

Já o Terceiro Setor é constituído por organizações criadas por pessoas de forma voluntária e sem finalidade lucrativa, sendo frequentemente associado à solidariedade.

Sobre os três Setores, ensinam Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo (2015, p. 150/151),

"...Primeiro Setor, formado pelo Estado (Entes Federados e entidades da Administração Pública Indireta), e o Segundo Setor, relativo ao mercado (entidades privadas com fins lucrativos, tais como os concessionários e os permissionários de serviços públicos), e o Terceiro Setor, que engloba as entidades da sociedade civil sem fins lucrativos (como uma terceira via possível no atendimento do interesse público)."

Assim, verificamos que o Estado está deixando o papel de executor ou prestador direto de serviços, para se colocar como agente regulador e provedor ou promotor destes, em cuja função o Estado continuará a subsidiá-los, facilitando o oferecimento, ao mesmo tempo, do controle social direto e a participação ativa da sociedade, para o Estado promover uma administração pública nova e eficaz.

A não solução dos problemas sociais, pelo Estado, fizeram surgir o terceiro setor, que engloba todas as Organizações Não Governamentais, as Entidades Filantrópicas, Instituições Religiosas, Fundações e Associações de Interesse Social voltadas quase que exclusivamente para o atendimento da sociedade em seus projetos sociais.

3.1 AS ORGANIZAÇÕES DO TERCEIRO SETOR

No universo do Terceiro Setor, encontram-se diferentes modalidades de organizações no que se diz respeito à sua forma jurídica. Estas organizações podem receber qualificações, tais como: Associações – Fundações - Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP. Qualificações estas, que serão descritas a seguir.

3.1.1 AS ASSOCIAÇÕES

Nas associações, o interesse fundamental está nas pessoas, são as pessoas o que importa, o patrimônio as constitui também, não há dúvida, mas é um aspecto secundário. Destaca-se, então, a importância das pessoas na associação, percebendo que os interesses coletivos comuns são prioridades à existência da associação.

A natureza destas entidades é percebida em Justen Filho (2005, P.131):

“ As associações são entidades constituídas por acordo de vontades entre particulares, que se comprometem a contribuir com seus esforços e recursos para a realização de um fim não egoístico, destituído de cunho econômico”.

3.1.2 AS FUNDAÇÕES

As fundações são organismos com destinação social, coletiva, pública, embora não sejam entidades estatais. Agregam forças do voluntariado e grandes lideranças de todos os matizes e procedências. Não visam ao lucro, mas ao desenvolvimento e ao bem estar social, à promoção do homem e têm como finalidades: saúde, educação, filantropia ou assistência social, cultura e arte, pesquisa e tecnologia, meio ambiente, previdência, apoio às instituições de ensino superior,

radiodifusão e TVs educativas e comunitárias, apoio às empresas, partidos políticos, cidadania e consultoria e prestação de serviços.

Fundação em nosso direito, de acordo com Paes (2004,p. 115):

"É uma instituição de fins determinados (finalidade esta que depende da vontade do instituidor), formada pela atribuição de personalidade jurídica a um complexo de bens livres, que é o patrimônio, que será administrado por órgãos autônomos, de conformidade com as previsões do estatuto".

3.1.3 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As Organizações Sociais (OS) são organização pública não estatal criada dentro de um projeto de reforma do Estado, para que associações civis sem fins lucrativos e fundações de direito privado possam absorver atividades *fundamentais* mediante qualificação específica da lei.

A Lei n.º 9.637/98 estabelece normas sobre qualificação de entidades como organizações sociais, definindo requisitos para qualificação como organização social, e serem declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública.

Entende-se por Organização Social, segundo DI PIETRO (2004, p. 728.),

*"**Organização Social** é a qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada pela iniciativa privada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público."*

3.1.4 AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP

De acordo com a Lei 9.790/99, podem qualificar-se como OSCIP as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que seus objetivos sociais e normas estatutárias atendam a requisitos que foram instituídos na referida lei. Ou seja, as associações, as sociedades civis sem fins lucrativos e as fundações.

Para Szazi (2004, p. 99):

“A Lei 9.790/99 buscou reconhecer o caráter público de um conjunto de organizações da sociedade civil até então não reconhecidas pelo Estado, criando um novo sistema classificatório que também diferencia organizações sem fins lucrativos de interesse público daquelas de benefício mútuo e de caráter comercial”.

4. PARCERIAS DO ESTADO COM O TERCEIRO SETOR

Parceria é o que habilita o repasse de recursos e bens públicos ao segmento denominado Terceiro Setor. As Leis 13.019/14 e suas alterações definem as diversas formas de parcerias, que buscam a somatória de esforços entre a Administração Pública e Organizações Sociedade Civil. O Termo de Colaboração é o instrumento pelo qual a proposta inicial parte da Administração, já o Termo de Fomento a iniciativa é das Organizações da Sociedade Civil. O Acordo de Cooperação o interesse recíproco não envolve transferência de recursos financeiros.

A importância do Terceiro Setor para o desenvolvimento do País em razão da falta de condições do Estado de arcar, sozinho, com o financiamento e execução de tais serviços é crucial, porém em razão da falta de especialistas nas suas áreas de atuação, alguns serviços repassados através de parcerias, não são realizados a contento. Regramentos definidos na Lei, nos Editais de Chamamento Público e nos Planos de Trabalhos, buscam garantir a legalidade, impessoalidade, eficiência, publicidade e moralidade, porém muitas vezes impedem a contratação de um especialista no assunto, e acaba desenvolvido por voluntários, o que compromete a qualidade dos serviços oferecidos.

As entidades sem fins lucrativos também não conseguem fugir do plano político, ou seja, acabam sendo utilizadas por políticos muito mais interessados na propaganda das ações dessas entidades do que por elas mesmas ou os grupos a quem ela beneficia. Assim, observamos que o Terceiro Setor está sendo instrumentalizado pela classe política, que o utiliza como plataforma eleitoral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade tornou-se muito complexa para que suas necessidades sejam satisfeitas exclusivamente por parte do Estado, assim deixou de ser o único executor de políticas sociais e passou a planejar, regular e fiscalizar as atividades fundamentais.

Os direitos sociais e garantias fundamentais, em destaque a Saúde, a Educação e a Assistência Social são deveres do Estado conforme previsto na Constituição Federal. Porém, o Estado desenvolvendo o papel de articulador e

regulador, definindo uma postura de descentralização, possibilita o surgimento do Terceiro Setor junto às diferentes esferas de poder, aumentando a expectativa de um Desenvolvimento Social.

O Terceiro Setor representa uma forma de parceria do Estado com as Instituições privadas de fins públicos ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa. É aquele que não é público nem privado, porém guarda uma relação com ambos.

A atuação do Terceiro Setor nas áreas da Saúde, Educação e Assistência Social promovem o desenvolvimento sustentável. Para um desenvolvimento configurar-se como sustentável, tem que necessariamente atingir no mínimo três dimensões, sendo elas: a social, a econômica e a ambiental.

As parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor em muitos casos são firmadas na esfera Municipal, o que representa a cooperação entre o Município e as diversas entidades que preenchem exigências legais, assim o Município reduz seus gastos, tem a coparticipação Estadual e Federal, obtendo sucesso na prestação de serviços à comunidade.

Com a promulgação da Lei nº 13019/14, o legislador buscou desburocratizar o procedimento de parcerias, porém uma parte expressiva das entidades sem fins lucrativos não se inscrevem juridicamente, embora atuem socialmente. Outras não conseguem fugir do plano político, ou seja, acabam sendo utilizadas por políticos interessados na propaganda, utilizando a entidade como plataforma eleitoral.

Cabe ao Estado o financiamento, o preparo e a fiscalização dos projetos, e à Entidade a apresentação do plano de trabalho, a execução e a prestação de contas, buscam assim o sucesso da parceria qual é a prestação de serviços à comunidade com economia do financeiro governamental.

A responsabilidade dos serviços se mantém como o Estado, assim cabe a ele selecionar, preparar, fiscalizar as Parcerias com entidades do Terceiro Setor, que lógico devem obediência a Lei, mesmo assim têm uma administração mais dinâmica, mais ágil, justificando assim a celebração de Termos de Colaboração, e de Fomento, regrados em Editais de Chamamento Público.

Esses fatores, selecionar, preparar e fiscalizar atribuídos ao Poder Público e a obediência, o dinamismo e agilidade características do Terceiro Setor, é a aposta para o sucesso das parcerias.

REFERENCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1998.

BETERRA, Regina Célia de Souza, MARTINS, Lilia C.O. Estado, municipalização e gestão social. São Paulo: Cortez, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo (org). Direito e Regulação no Brasil e nos EUA. Malheiros. São Paulo, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Saraiva. 2005.

MEREGE, Luiz Carlos; BARBOSA, Maria Nazaré Lins (orgs.). Terceiro Setor: Reflexões sobre o Marco Legal. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1998.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 5ª edição. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo / 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SZAZI, Eduardo. Notas Sobre o Marco Legal do Terceiro Setor. Rio de Janeiro: FGV, 1998

Brasil, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acessado em 06/06/2020.

Brasil, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/lei/l13019.htm, Acessado em 06/06/2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_/Lei9.790/1999, Acessado em 06/06/2020.

Brasil, <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Lei9637/1998>. Acessado em 06/06/2020.

Brasil, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de200/1967.htm. Acessado em 06/06/2020.

NOTAS:

[1].Docente mestre do curso de Direito - IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru
– andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

A SUSPENSÃO DO COMÉRCIO E A AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO

RELIVALDO JOSE DA SILVA: Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCAMP). Tem experiência na área jurídica, ex-estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo - Intervenção/difusos - área de Direito de Família e Sucessões; ex- Aluno Monitor de Direito Constitucional da PUCAMPINAS.

RESUMO: O presente artigo, valendo-se de uma metodologia hipotética e dedutiva, com cunho analítico, diante do cenário de quarentena instalado em várias cidades e estados, investigou se existe ao Poder Público o dever indenizar os comerciantes pelos prejuízos sofridos diante de medidas sanitárias tomadas, com base no poder de polícia sanitária, ocasionando a suspensão das atividades comerciais. Nessa toada, o questionamento ficou em torno da existência ou não da responsabilidade estatal pelos prejuízos sofridos diante do fechamento do comércio como estratégia estatal, com o fim de garantir e preservar a saúde pública.

Palavras-chave: Poder de Polícia – Responsabilidade do Estado – polícia sanitária.

ABSTRACT: This article, using a hypothetical and deductive methodology, with an analytical nature, in view of the quarantine scenario installed in several cities and states, investigated whether there is a duty on the Government to compensate traders for the losses suffered due to sanitary measures taken, based on the power of the health police, causing the suspension of commercial activities. In this light, the questioning was about the existence or not of state responsibility for the losses suffered in the face of the closing of trade as a state strategy, in order to guarantee and preserve public health.

Keywords: Police Power - State Responsibility - health police.

Sumário: 1. Introdução – 2. Primazia da saúde pública – 3. Competência e Proporcionalidade no Ato de Polícia Sanitária – 4. Abuso e Responsabilidade – 5. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, valendo-se de uma metodologia hipotética e dedutiva, com cunho analítico, investigou se existe ao Poder Público o dever indenizar os

agentes econômicos pelos prejuízos sofridos diante de medidas sanitárias tomadas, com base no poder de polícia sanitária, causadoras da suspensão das atividades comerciais.

Dentro desse contexto, a investigação não se enveredou pelo escopo jurídico internacional, e sim o âmbito normativo nacional, analisando-se se o ordenamento jurídico estabelece um dever ao Estado em indenizar o comerciante que venha ter seu aferimento de lucro prejudicado por medidas que restrinjam ou suspendam temporariamente suas atividades com base no poder de polícia.

Diante da calamidade pública instalada no Brasil, medidas restritivas e suspensivas do comércio tornaram esta pesquisa de uma relevância ímpar e inovadora, principalmente no cenário de incerteza causado com o prolongamento das quarentenas por medidas de governadores e prefeitos. Ainda nesse cenário, provocam-se muitos questionamentos em torno de uma possível salvaguarda legal de seus prejuízos momentâneos, principalmente por aqueles que olvidam das balizas administrativas no tocante à responsabilidade estatal.

Nessa toada, o questionamento ficou em torno da existência ou não da responsabilidade estatal pelos prejuízos sofridos diante do fechamento do comércio como estratégia estatal, com o fim de garantir e preservar a saúde pública. Importar mencionar, neste ponto, que não se buscou adentrar nas medidas alternativas à suspensão das atividades, e sim se a medida adotada na suspensão do comércio não essencial é uma violação ensejadora de reparação pelo Estado.

O trabalho objetivou, pois, analisar em seu primeiro capítulo a atividade estatal sob o prisma do poder de polícia e o seu fundamento, qual seja: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Perpassando isso, adentrou-se na discussão em torno da competência para impor as medidas de polícia, de suma importância diante da dicção do supramencionado artigo da Consolidação das Leis Laborais, atraindo o dever de indenizar ao Ente Federativo competente para impor as medidas restritivas. Com base nisso, acolhendo o estudo da responsabilidade estatal no cenário do uso e abuso do poder policial, investigou-se como são desenvolvidas as hipóteses de indenização pelo Estado por abusos ou atividades prejudiciais a terceiros. Impende mencionar que este trabalho não teve como pretensão esgotar o tema, mas sim situar o leitor para que possa compreender o assunto a ser tratado e a conclusão obtida.

Vale mencionar, por fim, que a pesquisa de debruçou sobre variados autores, com base primordialmente nos ensinamentos da Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, entre outros.

Dessa forma, com coerência científica e metodológica, foi buscada uma pesquisa lógica e inteligível ao objetivo pretendido.

2. PRIMAZIA DO BEM-ESTAR SOCIAL

O Estado de Polícia ficou para trás, o Poder Público já não tem como sua única finalidade ser o controlador da ordem pública, assegurando o cumprimento de regras sem intervir no interesse privado diretamente. Nos dias atuais, já surge a figura do Estado do bem-estar, pelo qual tem um papel mais atuante na sociedade, não sendo um mero editor de normas asseguradoras da ordem pública, e sim um papel de intervenção estatal de grande relevo no âmbito privado, atuando em diversas áreas sociais, culturais e econômica, sempre com o escopo de proporcionar uma primazia no bem-estar social, efetivando e protegendo direitos (DI PIETRO, 2018, p. 41).

Dentro desse contexto, o Estado possui uma série de funções, sejam as de julgar, de legislar e, importante para o estudo aqui desenvolvido, de administrar, destacando-se assim o princípio basilar da federação, qual seja o da Separação dos Poderes (OLIVEIRA, 2017, p. 112). Cabendo essa última função, originariamente, ao Poder Executivo, incluído essa atividade nos manuais da disciplina de Direito Administrativo. Com efeito, o Direito Administrativo brasileiro tem influência marcante do direito alienígena, seja do francês ou do italiano (DI PIETRO, 2018, p. 64) Vale frisar, por sua vez, que o termo “Administração Pública” compreende os agentes administrativos responsáveis pelo exercício das atividades administrativas, sendo elas objeto menção mais a frente (OLIVEIRA, 2017, p. 117). Dessa forma, a Administração Pública, em regra, é o Poder Executivo (DI PIETRO, 2018, p. 118), seja de forma direta ou indiretamente, exercendo atividades administrativas, da qual é o objeto de estudo do Direito Administrativo. Tal função é preponderante do Poder Executivo, mas não exclui o seu exercício de forma atípica pelo Poder Legislativo e Judiciário.

Perpassando por essas breves exposições propedêuticas, urge mencionar que a Administração Pública presta serviços a coletividade por meio de quatro atividades administrativas primordiais (função administrativa): serviços públicos, intervenção no domínio econômico, fomento e poder de polícia (OLIVEIRA, 2017, p. 87). Esse último pode ser entendido como o instrumento necessário pelo qual o Estado é autorizado a exercer os atos de coerção necessários para fazer cumprir ou prevalecer o interesse público sobre o privado (LAZZARINI, 1995, p. 2).

Como é cediço, o Estado tem presente no exercício de suas atividades a manifestação do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado,

inspirador do legislador e vinculador do administrador em todo o seu desempenho funcional no trato da coisa pública. Nesse sentido, o interesse individual não poderá se sobrepôr ao interesse público, meio de consecução do bem comum e da justiça social, ampliando o alcance do poder de polícia do Estado, cujo poder e escopo era limitado apenas a preservação da ordem pública, abrangendo agora a imposição de obrigações positivas, visando o equilíbrio da ordem social (DI PIETRO, 2018, p. 134). Dessa feita, a Administração Pública impõe uma relação vertical com seus administrados, tornando o interesse público indisponível, principal ferramenta de um Estado Democrático de Direito.

O principal objetivo, neste momento, desta pesquisa, será de se ater ao poder de polícia, suas características e limites, tendo feito previamente a devida introdução dos conceitos que servirão de lastro para a sua compreensão, passando-se agora a sua explanação.

A Administração Pública exerce suas atividades valendo-se dos poderes administrativos, são nada mais e nada menos que prerrogativas de Direito Público reconhecidas à Administração, sustentada pelo princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado, garantindo que a vontade da Administração seja cumprida (CARVALHO, 2017, pág. 313).

Tratar de poder de polícia é analisar, primordialmente, estes dois interesses: de uma banda, o cidadão pretende exercer livremente seus direitos; de outra, o Poder Público tem o poder-dever de acomodar esses direitos ao bem-estar de todos da melhor maneira possível, fazendo tal função por meio de seu poder de polícia administrativa (DI PIETRO, 2018, p. 192). Diante disso, pode-se afirmar que o poder de polícia é concebido como um veículo instrumental que a Administração Pública possui para limitar, restringir, condicionar, com base na lei vigente, o exercício de direitos, visando atender o interesse coletivo. Não se pode olvidar que, além de tudo, que há um conceito normativo fornecido pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional (OLIVEIRA, 2017, p. 318).

O surgimento dessa prerrogativa estatal remonta ao Estado de Polícia, período da Idade Média, na qual o rei era possuidor de prerrogativas para designar tudo que fosse necessário ao bom convívio social segundo suas próprias leis, seu bel-prazer (FURTADO, 2018, p. 29). Nesse mesmo sentido, ao final do século XV, na Alemanha ainda existia características desse atributo do príncipe, sem possibilidade de apelo aos Tribunais. Contudo, com o surgimento do Estado de Direito não se encontrava mais espaço para normas das quais pudesse ter alguém que escapasse do seu comando, vinculando a todos, consoante à máxima que o próprio Estado se

submete às leis por ele próprio postas, dando nascimento ao princípio da Legalidade (DI PIETRO, 2018, p. 118).

Urge mencionar, neste momento, que não se pretende esmiuçar a origem do poder de polícia, nem sua transformação perante os intervalos liberais, intervencionistas e sociais, mas sim situá-lo no momento brasileiro atual. Em seu conceito moderno, sem mais delongas, é uma atividade estatal consistente em condicionar o exercício dos direitos individuais em prol do interesse público. Esse interesse público pode ser entendido como as mais diversas áreas da sociedade, como segurança, saúde, defesa do consumidor (DI PIETRO, 2018, p. 194).

O poder de polícia é repartido entre dois diferentes titulares legitimados ao seu exercício, os quais são o Legislativo e o Executivo, sendo essa abrangência denominada de poder de polícia em sentido amplo, alcançando atos do Legislativo e do Executivo (DI PIETRO, 2018, p. 195). Em seu sentido estrito, por sua vez, restringe-se apenas aos atos do Poder Executivo, seja com medidas de caráter gerais ou abstratas, denominando-se de polícia administrativa (GASPARINI, 2012, p. 121).

Outra importante classificação é a distinção entre polícia judiciária e polícia administrativa, ambas são manifestações do poder de polícia do Estado em duas áreas importantes de sua atuação (DI PIETRO, 2018, p. 196). Assim, a polícia administrativa é essencialmente preventiva, não obstante aja algumas vezes repressivamente, recaindo sobre bens, atividades e direitos, isto é, ilícitos administrativos perpetrados por pessoas físicas ou jurídicas, regendo-se por normas administrativas. A polícia judiciária, por sua vez, é eminentemente repressiva, seu objeto é grosso modo o ser humano, na proporção em que lhe cabe apurar ilícitos penais, regendo-se por leis processuais penais. Portanto, a polícia administrativa atua como agente repelente de atividades antissociais, a polícia judiciária objetiva investigar e descobrir os infratores da ordem jurídica penal (GASPARINI, 2012, p. 121).

Vale apenas mencionar que o poder de polícia compreende quatro fases, todas de suma importância, quais sejam a) ordem, existência de norma legal que preveja limitações e restrições ao direito dos particulares; b) consentimento, é a anuência do Estado para que o indivíduo exerça determinada atividade na sociedade; c) fiscalização, é a averiguação do cumprimento da determinação pelo particular; e d) sanção, é a medida coercitiva no ato de descumprimento da ordem de polícia pelo particular (OLIVEIRA, 2017, p. 321).

Nesse mesmo contexto, o poder de polícia administrativa é exercido pela Administração Pública por meio de seu poder normativo, valendo-se de portaria, resoluções, instruções, decretos para exteriorizá-lo (DI PIETRO, 2018, p.197). Dessa

forma, a Administração Pública concretiza o comando legal conforme as particularidades do caso concreto, devendo estar balizada com o princípio da legalidade, não inovando na ordem jurídica sem autorização legal.

Vários decretos no decorrer da pandemia descrevem em sua parte preambular a base legal que fundamenta o seu exercício, como caráter de exemplo vale mencionar o Decreto Nº 20.843/2020 (CAMPINAS, 2020), da cidade de Campinas, pelo qual o ato normativo indicou vários dispositivos legais, entre os principais cabe citar o artigo 15, inciso XX, da lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), abrangendo atribuições do poder de polícia sanitária; a lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública de relevância internacional. Em suma, os atos do poder executivo que contemplem restrições ou limitações ao direito de particulares devem estar consubstanciados em atos normativos e concretos, abrangendo a fiscalização da atividade sobre a qual recai (GASPARINI, 2012, p. 122).

Nessa linha, cabe trazer à baila as características do poder de polícia, sem pretensão de esgotá-las, sendo a discricionariedade é margem de agir, em regra, com conveniência e oportunidade. Por sua vez, a autoexecutoriedade é a aptidão de a Administração Pública executar seus próprios atos com seus próprios meios, sem precisar recorrer ao Judiciário de modo preventivo, desdobrando-se em exigibilidade e executoriedade. Por fim, a coercibilidade é um atributo do poder de polícia, impondo as medidas da Administração sob pena de força coercitiva (DI PIETRO, 2018, p. 199). Diante disso, pode-se entender que o poder de polícia manifesta uma atividade negativa do Estado pautada na lei, restringindo direitos fundamentais em prol do interesse público, sob pena de medida coercitiva por parte da própria Administração Pública, de forma a preservar o interesse maior em conflito.

Diante das áreas de atuação estatal, há um desdobramento da polícia administrativa denominada de polícia sanitária. Com efeito, a polícia sanitária é possuidora de aptidão para adoção de normas para evitar ou amenizar riscos presente e futuro que lesem ou ameacem lesar a saúde e a segurança da população, dispondo o poder público da prerrogativa de adotar as melhores medidas nas limitações de higiene e segurança em prol da defesa dos indivíduos e da comunidade (MEIRELLES, 1997, p.126).

Nessa linha apresentada, a polícia administrativa na forma de proteção sanitária constitui uma ferramenta para limitar, condicionar e regular a atividade privada em prol do interesse público, garantindo uma maior efetividade na proteção do bem-estar social, com escopo de garantir que condutas privadas desarrazoadas perturbem a saúde pública.

3. COMPETÊNCIA E PROPORCIONALIDADE

O exercício do poder de polícia sanitária é de competência de todos os entes federativos, atribuído ao ente estatal detentor da respectiva aptidão para administrar, gerir e regular determinado seguimento da sociedade. Em nosso sistema constitucional, os temas de assistência social e de saúde pública estão sujeitos a uma tríplice atuação – no âmbito federal, estadual e municipal -, por interessar aos entes como um todo (MEIRELLES, 1997, p. 126). Essa conclusão pode ser extraída do artigo 23, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), estabelecendo a competência executiva comum dos entes federativos e, ademais, do artigo 198 (BRASIL, 1988) e 200 da Carta Magna que constitucionalizou o Sistema Único de Saúde como uma cooperação entre as pessoas políticas. Nessa toada, o constituinte instaurou um sistema cooperativo entre os entes federativos, ambos com competência para a melhor finalidade pública, com eficiência, economicidade. Discutir competência legislativa dos entes federativos é debater um dos alicerces do Estado Democrático de Direito: o Federalismo.

A Constituição Federal de 1988 adotou, como cediço, uma forma de federalista de Estado, como uma associação de Estados, gravitando-os sobre os princípios da autonomia e da participação política, consagrando certas regras constitucionais tendentes a gerir as competências constitucionalmente distribuídas entre os entes federativos (MORAES, 2015, p. 289). Essas competências podem ser entendidas como prerrogativas juridicamente estabelecidas a um ente, órgão ou agente público para emitir determinadas decisões (SILVA, 2014, p. 483).

O Federalismo é a máxima expressão do Direito Constitucional, nasceu na Constituição norte-americana de 1787. Essa concepção de união de coletividades políticas autônomas surgiu no Brasil em 1889, permanecendo nas constituições seguintes (SILVA, 2014, p. 101). Vale dizer, também, que para caracterizar uma federação o mínimo que se requer é uma organização constitucional, criadora do Estado Federal com suas partes indissociáveis, com abandono de certas competências administrativas, tributárias e legislativas pelos membros (MORAES, 2015, p. 290).

Nesse contexto, o princípio que norteia a distribuição de competência entre as pessoas políticas é o chamado princípio da Predominância do Interesse, por força desse critério determinadas matérias irão ficar a cargo da União se for de interesse geral, ficando as de interesse regional e local respectivamente aos Estados e Municípios (MORAES, 2015, p. 318). Ao bem da verdade, a nossa constituição adotou um sistema complexo, pois já se torna bastante conflituoso e difícil definir o que seria de âmbito nacional, regional ou local. Dessa forma, o constituinte buscou enumerar,

sem possibilidade de esgotar as matérias, a competência comum e concorrente de cada ente no âmbito administrativo e legislativos nos artigos expressos no texto constitucional, entre eles se destacam o 22 e 22 (SILVA, 2014, p. 483).

Contudo, não significa que todos podem fazer tudo, o texto constitucional trouxe as balizas dessa autonomia dos entes federativos. A competência concorrente da União em editar normas gerais, por exemplo, não cabe descer pormenores naquilo que seja de interesse regional ou local, invadindo a área de competência suplementar dos Estados, conforme dispõe o artigo 24, §2º, da Constituição Federal (MORAES, 2015, p. 329).

Por fim, cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de controle de constitucionalidade, dando interpretação conforme a Constituição ao dispositivo 3º, § 9º, da Lei nº 13.979/2020, a fim de explicitar que, preservada a atribuição constitucional de cada esfera de governo, consoante o art. 198, inciso I, da Constituição Federal, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Nesse contexto, cabe o respeito ao Federalismo e à repartição constitucional de competências consagradas constitucionalmente, conferindo legitimidade aos atos legislativos e administrativos regulatórios dos Estados e Prefeituras quanto ao funcionamento das atividades comerciais, cuja finalidade seja sanitária. Vale dizer que a adoção constitucional do modelo federativo gravita em torno do princípio da autonomia das entidades federativas, que pressupõe a distribuição de atribuições legislativas, administrativas e tributárias (MORAES, 2015, p. 389). No tocante à saúde, a Constituição Federal estabeleceu, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não reservando exclusivamente essa matéria a nenhum dos entes federativos.

Outrossim, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, igualmente, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementá-las no que couber, desde que se valham do critério da predominância do interesse. Cabendo lembrar, ainda, a previsão de descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde de cunho constitucional (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990).

O Estado tem o dever de garantir a saúde de todos os brasileiros, sendo de relevância pública os serviços e ações que preservem o bem-estar da população (SILVA, 2014, p. 844), cabendo aos entes federativos de forma cooperada, comum e

concorrentemente preservar e buscar essa finalidade, sob pena de ferir um dos princípios fundamentais da Constituição Federal, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

Diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela ausência de hierarquia entre os entes federativos no tocante à matéria sanitária, o administrador público competente irá atrelar as suas decisões, portanto, a um juízo de proporcionalidade, buscando uma justa harmonização.

A regra da proporcionalidade é concebida como uma forma de interpretação e aplicação do direito, primordialmente de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, incidindo-se especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou a proteção de um interesse coletivo, implica na restrição de direitos fundamentais. Assim, seu objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade é auxiliar o agente público, em regra, na solução de conflitos de direitos fundamentais, dando parâmetros para evitar que a restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais, além do necessário (SILVA, 2002, p. 1).

O raciocínio da proporcionalidade perpassa, nos moldes das lições de Robert Alexy, ao conceito de princípio. Para as lições desse autor, os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por serem aplicados na maior medida do possível, diante das circunstâncias fáticas existentes. Ao contrário de Dworkin, não significa que o princípio derrotado em eventual conflito deixou de ser aplicado, eles foram considerados no caso concreto em uma maior ou menor medida. Por isso, o autor menciona que os princípios possuem um caráter *prima facie*, isto é, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios com os quais se choca e das possibilidades fáticas. As regras, por sua vez, têm uma determinação de seu conteúdo no âmbito das situações fáticas, são de caráter definitivo, salvo exceções previstas na própria norma (SILVA, 2002, p. 2).

A regra ou meta regra da proporcionalidade não é um sinônimo de proporcionalidade, é um instrumento usado para solucionar conflitos de direitos fundamentais que incidem em determinado caso concreto. Uma ponderação de valores que leve em conta todas as circunstâncias fáticas e jurídicas em apreço. Para Alexy, a proporcionalidade se realiza em três etapas, que deverão analisadas pelas pessoas competentes ao determinar medidas, como a medida sanitária que impôs à suspensão das atividades comerciais não essenciais no período da pandemia.

Assim, o primeiro critério é o da adequação, toda e qualquer medida será adequada se fomentar esse fim almejado. Essa etapa ainda não é suficiente para

revelar a proporcionalidade da medida adotada pela autoridade competente, tendo em vista que só uma decisão teratológica não passaria por esta etapa.

O segundo critério é o da necessidade, seria a suspensão do comércio a medida menos gravosa aos direitos fundamentais em conflito, em princípio a livre iniciativa e a saúde pública? Em outras palavras, uma medida somente será necessária se alcançar o resultado da maneira menos gravosa ao direito fundamental. No caso em análise, a autoridade só poderia afastar a medida da suspensão do comércio se tivesse outra medida que alcançasse o mesmo fim pretendido, protegendo a saúde pública com a mesma efetividade.

Diante da aparente necessidade da medida, aparente porque este trabalho não analisar outras medidas alternativas, a última medida se torna necessária, vale dizer que as etapas excludentes, nas palavras de Virgílio:

Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade (SILVA, 2020, p. 13).

Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Na última fase da aplicação da regra da proporcionalidade incidiria o último filtro na decisão da autoridade, um sopesamento na restrição e realização dos direitos conflitantes, exigindo-se uma maior argumentação na tomada da decisão.

Portanto, a competência normativa e reguladora dos entes federativos no trata da saúde pública devem ser exercidas com a finalidade de atender ao bem-estar social na medida da predominância do interesse de cada ente federativo nas medidas tomadas, em homenagem ao pacto federativo e a divisão de competências estabelecida no texto constitucional. Assim, essas medidas devem estar conforme a proporcionalidade que o caso requer, evitando-se medidas desarrazoadas que coloquem em xeque a legalidade da medida de polícia sanitária adotada.

4. ABUSO DE PODER E RESPONSABILIDADE ESTATAL

O exercício do Poder de Polícia não é absoluto, encontra seus limites na própria lei, nos limites do devido processo legal e nos direitos fundamentais, com

observância aos limites da lei que fundamenta o seu agir. Essa concepção não é distorcida, e sim fiel ao que dispõe o artigo 78 do Código Tributário Nacional em seu parágrafo único, considerando regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente (DI PIETRO, 2018, p. 195).

Como é cediço, o Estado age imperativamente em prol da coletividade, cuja finalidade pode ser a criação de obrigações aos particulares condicionando o exercício de determinada atividade ao bem estar coletivo, isso só se torna passível de repreensão na hipótese que a Administração Pública aja extravasando os limites normativos, caindo em abuso de poder (DI PRIETO, 2018, p. 211).

O uso do poder é um poder-dever da Administração Pública, porém deve ser usado pautado na legislação, na moral da instituição, buscando atingir a finalidade pública que o origina, isto é, em prol da coletividade. Dessa forma, o uso do poder de polícia sempre será lícito, seu abuso será ilícito, sendo este último por excesso ou desvio do poder (MEIRELLES, 1997, p. 94).

O administrador público quando pautado na lei poderá exercer os poderes que a lei o confere de maneira a zelar pelo interesse público juridicamente tutelado, seja de modo preventivo ou não. Como citado anteriormente, o poder de polícia pode se manifestar por meio de diversos atos administrativos, todos passíveis de controle judicial, não descartando o controle exercido pela própria administração pública com base no princípio da tutela.

O agente público cai em excesso de poder quando extrapola seus limites no tocante à competência. Nessa circunstância, a autoridade não possui a competência para praticar o ato que se predispõe praticar. O excesso de poder não se confunde com o abuso de poder, o excesso de poder leva ao abuso de poder. Vale frisar que o abuso de poder é gênero dos quais se tem como espécies excesso de poder e desvio de poder (DI PRIETO, 2018, p. 320).

Nessa toada, o desvio de finalidade surge na figura do agente público que, não obstante atue dentro de sua esfera de atribuição (competência), atua por motivo ou fins diversos dos objetivados pela lei ou pelo interesse público, valendo-se de meios ou motivos imorais ou ilegais (MEIRELLES, 1997, p. 96).

Nesse contexto, pode-se entender o abuso de poder como a consequência para toda ação do administrador público que se apartar de realizar determinado fim de interesse público, por determinados meios e motivos – contrariando ou marginando o desejo da lei (MEIRELLES, 1997, p. 95). Assim, o administrador público deve agir com o escopo de alcançar o bem-estar de toda a coletividade, sem fugir das balizas legais que irão acompanhar a elaboração e execução do ato praticado.

Na seara administrativa é usualmente sustentada a tese de que os vícios podem macular os cinco elementos do ato administrativo, ocasionando sua nulidade por padecer de vício quanto ao objeto, motivo, forma, competência ou finalidade, conforme os termos do artigo 2º da Lei nº 4.717/65 (DI PIETRO, 2018, p. 319).

Quanto ao sujeito, o vício pode contaminar a competência definida em lei, uma vez estabelecida em lei não poderá aquela competência ser exercida por outra autoridade, salvo os casos de delegação, sob pena de o agente público cometer abuso de poder. A competência é uma nítida questão de validade, não podendo um agente agir sem poder legal para tal (MEIRELLES, 1997, p. 134). Isso é plausível, haja vista que se constitui em uma garantia ao administrado, evitando-se troca de favores ou perseguições dentro ou fora da administração pública (DI PIETRO, 2018, p. 320).

No tocante ao objeto, é um requisito que traz à baila o conteúdo do ato praticado, seja pela criação, modificação ou comprovação de situações sujeitas ao Poder Público (MEIRELLES, 1997, p. 137). Quanto à forma, é exteriorização da existência ou seriedade do ato administrativo. O motivo é um requisito que traduz a matéria de fato e de direito que sustenta a edição do ato. Quanto à finalidade, é a finalidade expressa explicitamente ou não na lei, ou seja, a finalidade traduz um duplo sentido, podendo-se afirmar que a finalidade será respeitada se o agente praticar o ato observando o interesse público ou objetivando o fim expresso na lei (DI PRIETO, 2018, p. 323).

Não dá para afastar de revisão bibliográfica aqui proposta o tema da responsabilidade estatal propriamente dita. Não se buscou esgotar o tema responsabilidade civil, e sim trazer suas balizas para fundamentar a resposta da problemática aqui enfrentada.

O Estado tem sua responsabilidade civil invocada quando se vê diante da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico, seja por via direta ou indireta. Nesse mesmo sentido:

É tradicional a distinção entre a responsabilidade civil por danos causados pela atuação estatal e o sacrifício de direitos promovido pelo Poder Público. Enquanto a responsabilidade civil do Estado pressupõe violação a direitos normalmente mediante conduta contrária ao ordenamento jurídico (ex: indenização por erro médico ocorrido em hospital público), gerando o dever de ressarcimento dos prejuízos causados, o sacrifício de direitos envolve situações em que a própria ordem

jurídica confere ao Estado a prerrogativa de restringir ou suprimir direitos patrimoniais de terceiros, mediante o devido processo legal e o pagamento de indenização (ex.:desapropriação) (OLIVEIRA, 2017, p. 807).

Não se olvida que o agente público no exercício abusivo da função pública acarrete a responsabilidade estatal na modalidade objetiva, entendendo por agente público qualquer pessoa que exerça função pública, cabendo ao Estado agir de forma regressiva em face do agente público na busca de receber o que desembolsou, no caso de ser condenado (DI PIETRO, 2018, p. 741).

A análise da responsabilidade extracontratual é fundamental para restringir o tema tratado neste capítulo, conceituando-a como modalidade de responsabilidade civil, excluindo a responsabilidade contratual, que se rege por princípios próprios, não sendo objeto do presente trabalho (DI PIETRO, 2018, p. 887).

A responsabilidade objetiva do Estado e a subjetiva do agente público estão previstas no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Como exposto acima, o dano que o Estado causa a terceiro deve ser antijurídico, não se confundindo com apenas o ilícito perpetrado, assim fosse os danos decorrentes de obra pública não seriam passíveis de indenização pelo Estado. Dessa forma, o pressuposto da responsabilidade objetiva é a prática de ato antijurídico, mesmo sendo lícito, causador de dano anormal e específico a determinados indivíduos, rompendo-se o princípio da isonomia de todos perante os gastos com a máquina pública (DI PIETRO, 2018, p. 895).

Ao contrário do direito privado, em que se exige a prática de um ato ilícito (contrário à lei), no âmbito do Direito Administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, não obstante lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o atribuído aos demais membros da coletividade. Nessa linha de pensamento, suscita-se o artigo 188 do Código Civil prevê em seu inciso segundo que a lesão a pessoa ou destruição de coisa não constituirá ato ilícito, podendo-se enquadrar a atuação do Estado no exercício da prerrogativa de polícia, gerador de responsabilidade civil do Estado, mesmo que agindo por meio de atos lícitos, portanto (DI PIETRO, 2018, p. 1018).

Diante disso, a doutrina entende que a regra é a responsabilidade estatal por ato ilícito, contudo se aponta que o Estado responderá por atos lícitos em apenas duas circunstâncias: por expressa previsão legal e no sacrifício desproporcional ao particular, exigindo-se um juízo de ponderação e razoabilidade (OLIVEIRA, 2017, 811). Urge mencionar que a Administração Pública se submete ainda ao controle

jurisdicional, quanto aos atos praticados por abuso de poder com ações cabe rememorar as ações clássicas como o Mandado de Segurança, Ação Popular e, não menos importante, o Direito de Petição contra abuso de poder (DI PRIETO, 2018, p. 1049).

Conclui-se, portanto, que o uso do poder de polícia sanitária é um poder-dever da Administração Pública, porém deve ser usado conforme a legislação, buscando atingir o melhor para o bem-estar da coletividade, sem cometer abusos, seja desviando de sua finalidade ou de sua competência. Dessa forma, o sacrifício individual deve ser proporcional ao ganho social, com respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, autorizando a indenização do particular somente em casos de restrições com flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade. Nesse sentido, cogitar-se-ia em responsabilidade estatal por atos gerais e abstratos diante apenas de vícios, não pelo seu simples exercício.

5. CONCLUSÃO

Após galgar na pesquisa acima, pode-se construir doravante a resposta a seguinte problemática objeto de estudo: se o Estado é responsável pela indenização dos prejuízos causados aos comerciantes devido a suspensão das atividades, tendo em vista as medidas de quarentena instalada no Brasil devido a pandemia.

Como narrado anteriormente, o poder de polícia é uma atividade estatal que consiste em condicionar ou restringir atividades, bens ou direitos dos particulares em prol do bem-estar social. Assim, o poder de polícia administrativa é exercido pela Administração Pública por meio de seu poder normativo, valendo-se de portaria, resoluções, instruções e decretos para exteriorizá-lo, não se perdendo de vista o sentido amplo que abrange a própria atividade legislativa.

Diante disso, o poder de polícia é uma manifestação de uma atividade do Estado pautada na lei, restringindo direitos fundamentais em prol do interesse público, sob pena de medida coercitiva por parte da própria Administração Pública, de forma a preservar o interesse maior em conflito. Diante das diversas áreas de atuação estatal, há um desdobramento da polícia administrativa denominada de polícia sanitária.

Com efeito, a polícia sanitária é possuidora de aptidão para adoção de normas para evitar ou amenizar riscos presentes e futuros que lesem ou ameacem lesar a saúde e a segurança da população. Não se procura atentar contra direitos fundamentais por interesses político ou econômico, a intervenção estatal é, e assim deve ser, com o propósito do sacrifício momentâneo para a preservação da saúde

pública, desde que fundamentada legalmente, com respaldo científico de sua eficácia.

Cita-se, ainda, que há uma ausência de hierarquia entre os entes federativos no tocante à matéria sanitária, devendo ter uma cooperação federativa em prol do bem comum, pautados no princípio da predominância do interesse, em que pese sua difícil definição. Assim, o interesse local será de atribuição do prefeito do respectivo município, conforme visto nos capítulos anteriores, esse foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Diga-se, nesse mesmo contexto, que o administrador público competente deverá atrelar as suas decisões a um juízo de proporcionalidade, buscando uma justa harmonização com os demais entes e, ao mesmo tempo, preservando a incolumidade pública.

Por fim, sendo certo que o uso do poder de polícia sempre será lícito e seu abuso será ilícito, sendo este último por excesso ou desvio do poder, cabe ao administrador agir fielmente aos parâmetros legais. Não podendo viciar seu ato por abuso de poder, sendo esse o fator determinante para existir uma razão para indenização. Dessa forma, agindo o Estado com base no poder de polícia, o sacrifício individual deve ser proporcional ao ganho social, com respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, autorizando a indenização do particular somente em casos de restrições com flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Conclui-se, portanto, que o Estado em regra não responderá pelas medidas restritivas adotadas em prol da saúde pública, salvo se, em epíteto, os atos forem ilícitos, estando maculados com algum vício em seu objeto (competência, forma, objeto, motivo e finalidade), configurando seu exercício arbitrário (abuso de poder). Ou, mesmo que considerados lícitos, só gerará indenização em apenas duas circunstâncias: por expressa previsão legal e no sacrifício desproporcional ao particular, exigindo-se um juízo de ponderação e razoabilidade da medida adotada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26. Abr. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo, editora: Forense, 2018. Pág. 1-1180.

LAZZARINI, Álvaro. Abuso de poder x Poder de polícia. **Revista dos Tribunais**. Vol. 721, nº 1995, pág. 339-349. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 16 Fev.2020.

OLIVEIRA, ANDRÉ FURTADO. Do estado de polícia ao estado de direito: a mudança de condições de exercício do poder de polícia **Revista dos Tribunais**. Vol. 994, nº 2018, pág. 29-48. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 22 Fev.2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo, editora: Método, 2017. Pág. 1-976

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo, editora: Saraiva, 2012. Pág. 1-1109.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo, editora: Malheiros, 1997. Pág. 1-733.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo, editora: Atlas, 2015. Pág. 1-958.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo, editora: Malheiros, 2014. Pág. 1-934.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. Vol. 798, nº 2002, pág. 23-50. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>.

A NECESSIDADE DE SE MINORAR A PATRIMONIALIZAÇÃO DA COISA PÚBLICA E A EXCEPCIONALIDADE DAS CONTRATAÇÕES POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

MARCELLA VIEIRA DE QUEIROZ CARNEIRO:

Advogada. Pós-Graduada pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Pós-Graduada pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul.

RESUMO: A evolução do Constitucionalismo proporcionou, ao longo dos anos, mudança quanto à noção de poder; hoje, ainda mais, é preciso se afastar a ideia de particularização da coisa pública. A Constituição de 1988 consolidou, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, a submissão de todos, indistintamente, à lei, e, sobretudo no trato da coisa pública, a observância obrigatória de inúmeros vetores, dentre os quais se destacam a impessoalidade, a moralidade e a eficiência administrativas. A licitação pública é um dos instrumentos primordiais para a materialização desse objetivo constitucional, estando expressamente prevista como regra, motivo pelo qual suas exceções devem ser interpretadas da maneira mais restritiva possível. O objetivo do presente artigo é demonstrar que o administrador público deve se ater estritamente ao que dispõe às normas constitucionais e legais no que toca ao seu atuar, vez que administra coisa do povo, assim não cabe interpretar a lei regulamentadora do procedimento licitatório de forma a alargar exceções ao que é imprescindível para a consecução dos fins do Estado, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade material. Foi o que se mostrou, através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Constituição – Licitação – Exceções - Interpretação Restritiva.

ABSTRACT: The evolution of Constitutionalism has, over the years, changed the notion of power; today, even more, it is necessary to move away from the idea of particularization of public affairs. The 1988 Constitution consolidated, in Brazil, the Democratic State of Law, the submission of all, without distinction, to the law, and, above all in the treatment of public affairs, the mandatory observance of innumerable vectors, among which stand out impersonality, administrative morality and efficiency. Public bidding is one of the primary instruments for the materialization of this constitutional objective, being expressly provided for as a rule, reason why its exceptions should be interpreted in the most restrictive way possible. The purpose of this article is to demonstrate that the public administrator must strictly adhere to the provisions of the constitutional and legal norms with regard to his performance, since he administers things of the people, so it is not appropriate to interpret the law regulating the bidding procedure in order to to extend exceptions to what is essential

for the achievement of the purposes of the State, avoiding material unconstitutionality. It was shown, through a bibliographic search, using the deductive method.

Keywords: Constitution – Bidding – Exceptions – Restrictive interpretation.

1. INTRODUÇÃO

Qual a justificativa para os entes políticos contratarem advogados e contadores, entre outros profissionais, via inexigibilidade de licitação, sem demonstrarem a singularidade do serviço no caso concreto? O artigo 25, II, da lei 8.666/1993, que regulamenta a licitação pública, prevista no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, é claro ao exigir a cumulatividade dos requisitos da singularidade do serviço e da notoriedade da especialização do profissional a prestá-lo, a serem analisados concretamente, e não de maneira abstrata, como uma operação matemática, afinal apenas na hipótese concreta será possível reconhecer a presença de uma situação especial, que foge à comum. Ademais, é importante lembrar que se trata de exceção a um instrumento cuidadosamente especificado no texto da Carta Magna, motivo pelo qual a interpretação restritiva é medida que se impõe.

O Superior Tribunal de Justiça entende pela necessidade do preenchimento cumulativo dos requisitos trazidos pela lei 8.666/1993, a serem verificados no caso concreto, bem como de sua interpretação restritiva, endossando a ideia de que a contratação fora das hipóteses legais enseja responsabilização por improbidade administrativa, consoante demonstrado no tópico relacionado. Os demais tribunais brasileiros seguem a mesma orientação.

Votou-se, no Congresso Nacional, discordando da jurisprudência brasileira – por muitos, tida como consolidada -, o Projeto de Lei nº 4.489/2019, que pretende emendar o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e o Decreto-lei nº 9.246/1946 (que trata da profissão de contador), em uma tentativa de legalizar tal prática, dispondo que a singularidade existe pelo simples fato de o trabalho de um profissional não se confundir com o do outro.

O Presidente da República vetou totalmente o Projeto de Lei, aduzindo ser o mesmo inconstitucional. Aos deputados e senadores, em sessão conjunta, é-lhes assegurado o direito de fulminar o veto presidencial, razão por que o Projeto ainda pode entrar em vigor.

O escopo deste trabalho não é combater a propositura legislativa mencionada, mas dissertar acerca da necessidade de se afastar a patrimonialização da coisa pública como um todo, propondo uma interpretação teleológica ao que a Constituição Federal

e a lei nº 8.666/1993 trazem sobre o tema, o que resulta em se impossibilitar o alargamento injustificado do conteúdo dessas normas, sob pena de ferir-lhes a finalidade. Não há como se defender que a singularidade do serviço a ser contratado pela Administração Pública possa ser delineado abstratamente ou se utilizar de justificativas que não conseguem se autorreferendar.

Demonstrada a problemática a ser discutida e a relevância da questão no atual momento, seguem-se três ordens de considerações que se interligam. A primeira, acerca da evolução do constitucionalismo, a Constituição de 1988 e a licitação pública como instrumento de moralização administrativa; a segunda, dedicada à análise dos detalhes do procedimento licitatório, as hipóteses de inexigibilidade de licitação e o Projeto de Lei nº 4.489/2019; por fim, a última, perfilhando a relação entre a necessidade de se minorar a particularização (no sentido de apropriação privada) da coisa pública e a excepcionalidade das contratações por inexigibilidade de licitação.

O marco referencial teórico do presente estudo apoia-se, sobretudo, nas obras de Daniel Sarmiento, Gilmar Mendes, Paulo Gonet e Maria Sylvia Zanella di Pietro. Através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, com a ajuda das obras dos escritores supramencionados e as de outros diversos autores, restará completada a análise proposta.

2. A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO, A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE MORALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A evolução história do Constitucionalismo merece ser, nessa pesquisa, explicitada, embora de modo sucinto, a fim de que se verifique a importância de se garantir o que se conquistou com tanta luta. Após a breve exposição, serão expostas características marcantes da Constituição Brasileira de 1988, imprescindíveis para a visualização dos seus fins. Fecha-se o tópico expondo-se a relação entre a evolução do Constitucionalismo, a Constituição Brasileira de 1988 e a licitação pública como instrumento de moralização administrativa.

2.1. A evolução do Constitucionalismo

Em uma primeira oportunidade, a ideia de poder residia na origem divina, de onde o rei retirava seu poder, por isso só a Deus deveria prestar contas. Apesar disso, os monarcas, àquela época, tinham o cuidado de não agir de modo manifestamente arbitrário, até para não serem considerados tiranos, o que, em termos de consequência, nada tinham. Paulo Gonet cita, para que o leitor se situe no momento, a obra de Jean Bodin, *Os Seis Livros da República*, de 1576, acerca da qual disserta:

Para o autor, esse poder é perpétuo e absoluto (...) O poder absoluto não é tido como poder ilimitado. Bodin defende a existência de pelo menos dois limites. O primeiro, ligado à distinção entre o rei e a Coroa, que impede o rei de alterar as leis de sucessão e de alienar os bens que formam parte da fazenda pública. O segundo, relacionada com a impossibilidade de o monarca dispor dos bens que pertencem aos súditos, para não se confundir com um tirano. (...) O núcleo duro da soberania não está disponível para os súditos, acha-se subtraído das forças políticas ordinárias. (BRANCO; MENDES, 2015, p. 40).

Vê-se que, nessa primeira ocasião, o rei é o detentor do poder, sem que os súditos tenham qualquer parcela deste.

O segundo momento é relacionado com a obra de Hobbes, em 1651, quando se pode dizer ter tido início o contratualismo. De acordo com ele, a sociedade, visando sua segurança e paz social, entrega os direitos individuais que cada um de seus membros teria no estado da natureza, exceto o direito à vida, para o Leviatã, que seria o poder soberano (SOARES, 2004). A visão de Hobbes, que remete à ideia do medo, não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais, vez que o Leviatã, poder soberano representado, não precisava prestar contas nem mesmo a Deus (BRANCO; MENDES, 2015).

Após, fala-se no período do "King of Parliament", em que a nenhuma pessoa era dado desconsiderar os mandamentos parlamentares.

Um quarto instante histórico, na evolução do constitucionalismo, é atribuído a John Locke, com a sua obra *O Segundo Tratado do Governo Civil*, que, assim como Hobbes, acredita no contratualismo, porém com ares liberais. Para ele, o Estado existe para refinar os direitos fundamentais. De acordo com Sahid Maluf,

Locke desenvolveu os seguintes princípios: o homem não delegou ao Estado senão os poderes de regulamentação das relações externas na vida social, pois reservou para si uma parte de direitos que são indelegáveis. As liberdades fundamentais, o direito à vida, como todos os direitos inerentes à personalidade humana, são anteriores e superiores ao Estado. (MALUF, 2015, p. 77).

John Locke foi o primeiro a cogitar algo sobre tripartição de poderes – não se utilizando dessa expressão, mas defendendo a distinção entre a pessoa que legisla e a que pratica os atos materiais.

Por sua vez, Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, usou a expressão “freios e contrapesos”, alicerçando o pensamento de que, para a boa correção das funções estatais, um poder depende do outro, na medida em que se limitam entre si.

Embora se possa afirmar que Locke e Montesquieu preocupavam-se com a liberdade, a doutrina não os considera democratas, porque eles não se esmiuçaram acerca da titularidade do poder.

Um novo marco, na história do Constitucionalismo, deu-se com Rosseau e sua obra *O contrato social*. Sobre ele, Paulo Gonet ensina:

O constitucionalismo, até aqui, constringia os poderes públicos instituídos e também inibia o povo, o que será combatido pelo pensamento de Rosseau. (...) Rosseau desconfia dos governos e propõe que sejam limitados, para prevenir que se desvirtuem pela busca de fins particulares, apartando-se dos objetivos gerais que lhes seriam típicos. Propugna por que o povo mantenha sempre a possibilidade de retomar o que havia delegado aos governantes. (...) (BRANCO; MENDES, 2015, p. 44).

Rousseau defendia que nenhuma lei, nem mesmo o contrato social, aquele consignado entre o povo e os governantes, poderia ser obrigatória em relação ao primeiro, não podendo impossibilitar que a nação retomasse o poder quando desejasse.

E, então, vieram as Revoluções Francesa e Norte-americana, no final do século XVIII, que impuseram o Estado de Direito, inaugurando a fase do constitucionalismo clássico, liberal ou moderno. Essa fase se subdividiu em duas, que se completaram entre si, tendo em vista a evolução no tempo. Na primeira, a liberdade ascendeu como valor primordial, do qual se decorreram o individualismo, o absentéismo estatal, a proteção do indivíduo e a correlação entre direitos fundamentais e os direitos da burguesia (liberdade e propriedade privada). Já a segunda, teve como marco a Revolução Industrial e a igualdade como vetor primeiro, passando o Estado a adotar uma posição intervencionista. Relativamente ao Brasil, influenciada por esse momento histórico, restou editada a Constituição Brasileira de 1934, cuja novidade verificada, em relação à anterior, foi a previsão dos direitos sociais (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Por fim, o constitucionalismo contemporâneo adentrou a história, na forma do pós-positivismo, em que se defende a reaproximação entre o Direito e a Moral, preocupando-se com o aspecto material da norma. Deriva daí o que alguns doutrinadores denominam de neoconstitucionalismo. Essa reaproximação entre o

Direito e a Moral foi importante, na medida em que, no Estado meramente legalista, positivista, cumpriam-se as leis sem se esmiuçar acerca de serem corretas ou não.

A diferença entre neoconstitucionalismo e o constitucionalismo moderno consiste, dentre outros, no fato de que o caráter ideológico do constitucionalismo moderno seria limitar o poder, enquanto o do neoconstitucionalismo a tônica está em concretizar os direitos fundamentais, sem se esquecer da limitação aos governantes. No neoconstitucionalismo, busca-se algo ainda mais amplo e com um maior substrato. Como bem expõe Luís Roberto Barroso, a doutrina da efetividade merece o devido reconhecimento relativamente à sua contribuição para o advento do neoconstitucionalismo, contexto histórico em que se localiza a Constituição Brasileira de 1988 (BARROSO, 2019).

O atual momento de Estado não se presta a inaugurar um modelo completamente novo, mas valorizar as conquistas dos anteriores e superar seus erros, trazendo a soberania popular como seu valor norteador. Chega-se a um momento da história do Constitucionalismo em que a Constituição é o centro do sistema jurídico, tendo força normativa (HESSE, 1991) e a grande preocupação é efetivar o que disposto no texto da Lei Maior. Perde força, assim, o pensamento de Ferdinand Lassale de que a Constituição jurídica seria uma “mera folha de papel”.

As palavras de Miguel Carbonell sobre o neoconstitucionalismo aclaram o exposto:

Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991. (CARBONELL, 2007, p. 10).

Estudar a evolução do Constitucionalismo importa perpassar por três ideias básicas, quais sejam, a garantia de direitos, separação de poderes e governo limitado. O que importa para o presente estudo é verificar que, ao longo dos anos, a partir de uma luta árdua e difícil, tem se conseguido obter sucesso no que toca a concretizar efetivamente o disposto nas Cartas Maiores dos Estados Democráticos de Direito.

2.2. A Constituição Federal de 1988

A Constituição Brasileira de 1891 já se comprometia, na teoria, com o Estado de Direito. As Constituições seguintes, com idas e vindas, propiciaram, ao Brasil, avançar na matéria até se chegar ao momento da Carta-mãe atual.

O preâmbulo da CF de 1988 aduz ser o Brasil um Estado Democrático, e o artigo 1º, da Carta Magna, prevê que o Brasil é um Estado Democrático de Direito.

Embora para o Supremo Tribunal Federal vigore a teoria da irrelevância jurídica do preâmbulo no que toca ao acostado à CF de 1988, não se discute que ele explicita os valores a serem perfilhados ao longo do texto (ADI 2076). Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que “conterá este documento, como regra, as principais motivações, intenções, valores e fins que inspiraram os constituintes”(BARROSO, 2013, p. 105).

Separem-se os termos da expressão Estado Democrático de Direito, para a sua mais clara compreensão. *Estado Democrático* é o modelo utilizado para se administrar a sociedade. Compulsando-se o dicionário, democracia é um substantivo que significa:

a) Governo em que o poder é exercido pelo povo; b) sistema governamental em que os dirigentes são escolhidos através de eleições populares; c) Regime que se baseia na ideia de liberdade e soberania popular, em que não existem desigualdades e/ou privilégios de classes: a democracia, em oposição à ditadura, permite que os cidadãos se expressem livremente (DEMOCRACIA, 2020).

Para Giovanni Sartori, “democracia é, acima de tudo, um critério de legitimidade (...). Nenhum democrata rejeita que o poder apenas é legítimo quando tem origem no povo e assenta no seu consenso” (SARTORI, 2018).

De outro turno, Robert Dahl afirma que a democracia proporciona inúmeras vantagens à sociedade, entre as quais se destacam a participação efetiva, a igualdade de voto, a aquisição do entendimento esclarecido e o exercício do controle definitivo do planejamento. Dissertando acerca da democracia moderna, destaca algumas de suas características fundamentais:

Funcionários eleitos. O controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos. Eleições livres, justas e frequentes. Funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes e justas em que a coerção é relativamente

incomum. Liberdade de expressão. Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, governo, o regime (...) (DAHL, 2001, p. 99-100).

Estado de Direito, por sua vez, liga-se à ideia de um Estado em que o Governo encontra balizas na Constituição, as quais o limita (TAVARES, 2020); remonta ao pensamento de respeito à hierarquia das normas e dos direitos fundamentais, não à vontade exclusiva do governante. Nesse sentido, Aristóteles:

(...) pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que, ao contrário, encontram-se necessariamente em cada alma humana (...) (ARISTÓTELES, 2001, p. 1286a).

Pugna-se, em seu momento, por evitar o que Platão dizia acontecer nos tempos antigos:

Foste tão longe no conhecimento do justo e da justiça, do injusto e da injustiça, que ignoras que a justiça é, na realidade, um bem alheio, o interesse do mais forte e daquele que governa e a desvantagem daquele que obedece e serve; que a injustiça é o oposto e comanda os simples de espírito e os justos; que os indivíduos trabalham para o interesse do mais forte e fazem a sua felicidade servindo-o, mas de nenhuma maneira a deles mesmos (PLATÃO, 380 a.C., p. 32).

Nesse cenário, entende-se o que a Constituição Federal de 1988 quis designar por Estado Democrático de Direito, com que define a República que fundou. De acordo com Daniel Sarmento,

Além dos direitos fundamentais, o outro “coração” da Constituição de 88 é a democracia. Dentre outras medidas, ela consagrou o sufrágio direto, secreto, universal e periódico para todos os cargos eletivos – elevado, inclusive, à qualidade de cláusula pétrea -; concedeu o direito de voto ao analfabeto; erigiu, às bases pluralistas e liberais, o sistema partidário; e consagrou instrumentos de democracia participativa, como o plebiscito, o referido e a iniciativa popular de leis (SARMENTO, 2012, p. 129).

O autor prossegue:

Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2012, p. 126).

A Constituição Brasileira adveio de um verdadeiro “choque de democracia” ocorrido na Constituinte entre 1987 e 1988 (NOBRE, 2013). E, apesar de não se poder afirmar que, de fato, já se concretizou a plena democracia, são inegáveis os avanços conquistados pela população do país quanto a distanciar o bem público de interesses meramente pessoais de quem governa.

2.3. A evolução do Constitucionalismo, a Constituição Brasileira de 1988 e a licitação pública como instrumento de moralização administrativa

A nossa Carta Magna, editada no contexto do neoconstitucionalismo, goza de força normativa, ou seja, é de observância obrigatória, sem que se faça preciso intermediação por meio de legislação infraconstitucional, e, por ser o centro do nosso ordenamento jurídico, seus valores e fins devem ser observados pelos membros de todos os Poderes da República, no desempenhar de suas funções (BARROSO, 2019).

O artigo 37, da mesma, em seu *caput*, menciona alguns dos princípios que regem a Administração Pública, os chamados princípios explícitos, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Estes regem, nas palavras de Carlos Ayres Britto,

qualquer das modalidades de administração pública com que inicialmente trabalhamos: a administração pública enquanto atividade e a administração pública enquanto aparelho ou aparato de poder. Logo, princípios que submetem o Estado quando da criação legislativa de órgãos e entidades, assim como submetem todo e qualquer Poder estatal quando do exercício da atividade em si de administração pública (BRITTO, 2013, p. 822).

O vetor basilar da legalidade aponta que, ao administrador público, só é lícito fazer o que a lei determina. Contrasta, pois, com o princípio da legalidade voltado aos particulares, para os quais só é vedado agir se a lei assim disser.

Por seu turno, o princípio da impessoalidade, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro,

estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento. Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no art. 100, da CF, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos abertos para esse fim (DI PETRO, 2019, p. 219).

A moralidade, de acordo com Fernanda Marinella, “é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, do bem comum” e acrescentou:

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade, determinou a necessidade de sua proteção e responsabilização do administrador amoral ou imoral. Para tanto, encontram-se no ordenamento jurídico inúmeros mecanismos para impedir atos de imoralidade, como, por exemplo, regras sobre improbidade administrativa, no art. 37, §4º, da CF e na lei n. 8429/92; (...) e, recentemente, a Lei n. 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, além de outros instrumentos (MARINELLA, 2018, p. 87).

Na visão de Gilmar Mendes, o vetor liga-se a uma dimensão ética e necessita estar aliado a outros valores fundamentais, a fim de se legitimar como instrumento de controle do agir do administrador (BRANCO; MENDES, 2015). Assim, quando se afirma que determinado ato afronta tal vetor, a ofensa também existe, simultaneamente, em relação a outros inúmeros valores imprescindíveis para uma boa administração.

O princípio da publicidade proporciona um maior controle pelos administrados, na medida em que ordena a transparência na gestão da coisa pública, enquanto o da eficiência remonta ao pensamento de que se deve buscar obter melhores resultados com o menor dispêndio de recursos possível.

Dissertando acerca dos princípios constitucionais da Administração Pública, Carlos Ayres Britto é direto:

Não basta aplicar a lei, pura e simplesmente, mas aplicá-la por um modo impessoal, um modo moral, um modo público e um modo eficiente. Modos que são, de parilha com a lei, as primeiras condições ou os meios constitucionais primários de alcance dos fins para os quais todo poder administrativo é legalmente conferido. (...) A administração pública somente alcança o patamar da legitimidade plena quanto aos seus meios ou meios de atuação, se, impulsionada pela lei, a esta consegue imprimir o selo dos outros quatro princípios. Operando, estes, como fatores de legitimação conjunta da própria lei, do Direito como um todo e da atividade administrativa em especial (BRITTO 2013, p. 822).

Vê-se, desse modo, que a Constituição de 1988 colacionou a correlação indispensável entre os vetores administrativos, sejam eles explícitos ou implícitos, de maneira que um dê substrato ao outro, que um complemente o significado e o escopo do outro.

Em soma, o texto constitucional previu instrumentos por meio dos quais materializa os princípios da Administração pública, como a licitação e o concurso público, os quais, indiscutivelmente, promovem, sobretudo, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência administrativas.

3. O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, AS HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, O PROJETO DE LEI Nº 4.489/2019 E A OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS NA INSISTÊNCIA DA PATRIMONIALIZAÇÃO DA COISA PÚBLICA

No tópico que se apresenta, examinar-se-á a licitação pública como procedimento, as hipóteses em que é inexigível e se discorrerá, brevemente, acerca do Projeto de Lei que se relaciona ao tema. Ao final, analisar-se-á a ofensa aos princípios administrativos na insistência da patrimonialização da coisa pública com o alargamento dos casos de inexigibilidade licitatória.

3.1. O procedimento licitatório

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal, prevê:

Art. 37. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

De acordo com Luciano Ferraz,

São dois os principais objetivos da licitação: o primeiro, de natureza econômica, consiste na obtenção da maior vantagem para a Administração (seleção da proposta mais vantajosa), em homenagem ao princípio constitucional da economicidade (art. 70, *caput*, CR); o segundo, de sede constitucional, visa possibilitar oportunidades iguais a todos os particulares interessados em oferecer bens, serviços ou obras ao Poder Público, bem como aos que desejam adquirir bens pertencentes a ele. É, portanto, procedimento garantidor da isonomia e da livre concorrência (arts. 5º e 170, da Constituição) (FERRAZ, 2013, p. 884).

Maria Sylvia ensina:

No direito privado, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, o contrato celebra-se mediante a apresentação de uma oferta que o outro aceita. No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório (DI PIETRO, 2019, p. 756).

A Lei nº 8.666/1993 regulamenta o artigo 37, XXI, da CF, dispondo, detalhadamente, sobre a sucessão dos atos – e sua forma de ocorrência – que compõem o procedimento.

Logo em seu artigo 3º, a legislação aponta os objetivos da licitação pública: isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Em seguida, explicita os princípios que a regem: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e demais correlatos.

Maria Sylvia contribui:

Pela licitação, a Administração abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta (DI PIETRO, 2019, p. 756).

Vê-se claramente, no bojo do procedimento, a presença dos vetores constitucionais explícitos, delineados no tópico anterior, dos implícitos, bem como o respeito aos princípios primeiros do Direito Administrativo, denominados de “pedras de toque” por Celso Antônio Bandeira de Mello, indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado (MELLO, 2019). Ademais, afirme-se que a licitação é garantia de princípio e valor fundamental da Carta Magna: o princípio democrático.

3.2. As hipóteses de inexigibilidade de licitação

A regra, no âmbito da Administração Pública, é a feitura de licitação, a fim de resguardar o direito de participação a um maior número de administrados e proporcionar ao ente político verificar a melhor proposta em relação ao seu objetivo.

Porém, o próprio artigo 37, XXI, da CF, trouxe situações excepcionais, em que a licitação não ocorrerá, ou poderá não ocorrer. Estes casos se subdividem em dois: a) hipóteses de dispensa; e b) hipóteses de inexigibilidade.

A dispensa de licitação é caracterizada na situação em que o certame pode ocorrer, entretanto a lei permite sua não realização. Quando a legislação diretamente dispensa o procedimento, a licitação é denominada de dispensada, ficando à discricionariedade do governante, a escolha entre realizá-la ou não.

Em outra vertente, a inexigibilidade de licitação se caracteriza pela inviabilidade jurídica de competição, presentes as circunstâncias peculiares de caso concreto. É tão importante a análise dessa inviabilidade concretamente que o legislador previu um rol apenas exemplificativo; afinal, somente no momento em que

apresentada a situação ao gestor, ele poderá aferir se o caso é de inviabilidade de competição.

O artigo 25, da lei nº 8666/1993, disciplina a inexigibilidade licitatória, prevendo, em seu inciso II, a sua ocorrência para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, do mesmo diploma legislativo, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade no tocante a serviços de publicidade e de divulgação.

Resta-se assentado, assim, que só se fala em licitação inexigível nas hipóteses em que a natureza singular do serviço se soma à contratação de um profissional notoriamente especializado. Dessa forma, os requisitos legais devem estar em conjunto, não sendo suficiente a notória especialização daquele que desenvolverá o serviço.

A singularidade do serviço se caracteriza na oposição ao trabalho corriqueiro, rotineiro, comum, usual, do ente político. A natureza singular é sinônimo de excepcionalidade, atividade, trabalho ou serviço impossível de ser efetivado por quem executa os serviços ordinários, cotidianos, existentes diariamente no âmbito da Administração, embora detentor de imensa competência. Nesse sentido, as palavras do Des. Leandro dos Santos, em julgamento no Tribunal de Justiça da Paraíba:

(...) nem todo serviço advocatício pode dispensar a licitação. Há que se identificar uma situação complexa, de especial característica, que assume a configuração de singularidade. Conforme já consignado, serviços advocatícios rotineiros, que podem ser prestados, sem qualquer singularidade do objeto contratual, não têm o condão de dispensar a licitação, exigindo-se, portanto, o caráter único do serviço advocatício a ser contratado (MS 0001842-31.2017.815.0000, TJPB, Rel. Des. Leandro dos Santos, julgamento em 15/05/2019).

Em suas decisões, os tribunais brasileiros têm-se inclinado por uma interpretação restritiva quanto à inexigibilidade. O Superior Tribunal de Justiça afirma ser caso de improbidade administrativa a contratação, via inexigibilidade licitatória, quando não preenchidos cumulativamente os requisitos da lei (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1444874 2013.03.52355-7, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:31/03/2015; AgInt no REsp: 1600264 GO 2016/0122163-9, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 11/09/2018, T1 - PRIMEIRA

TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2018; AgRg no AgRg no REsp 1288585 / RJ – 1ª Turma - DJe 09/03/2016 - Ministro OLINDO MENEZES [DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO]).

Ainda sobre inexigibilidade de licitação, Marcelo Alexandrino lembra que a mesma “deve ser expressamente motivada, com apontamento das causas que levaram a administração a concluir pela impossibilidade jurídica da competição” (ALEXANDRINO; VICENTE, 2017, p.757), sob pena de se violar o artigo 26, da lei nº 8.666/1993, que o exige.

3.3. O Projeto de Lei nº 4.489/2019

O Projeto de Lei nº 4.489/2019 foi recentemente aprovado pelo Congresso Nacional. O seu trâmite teve início na Câmara dos Deputados, apresentado pelo Deputado Efraim Filho.

A proposição normativa acrescenta o artigo 3º-A à lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) e §§1º e 2º ao artigo 25, do Decreto-lei nº 9.295/1946, que regulamenta a atividade de contador, dispondo que os serviços profissionais de advogados e contadores seriam, por sua natureza, técnicos e singulares quando comprovada sua notória especialização nos termos da Lei e que teria notória especialização o profissional ou sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e, indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato(<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190607000940000.PDF#page=243>).

Na realidade, a minuta inicial referia-se apenas à singularidade do serviço do advogado, no sentido de que os serviços prestados por esses profissionais seriam, por si, técnicos e singulares, bastando que ficasse comprovada, para cada caso posto, a notoriedade de sua especialização, quando, então, os requisitos do artigo 25, II, da lei nº 8.666/1993 estariam preenchidos, e a contratação poderia se dar de forma direta, perfazendo hipótese de inexigibilidade licitatória.

O trabalho de estender tal disposição aos contadores, utilizando-se dos mesmos argumentos, foi do relator da propositura na Comissão de Constituição e Justiça da Casa iniciadora, para o qual “os advogados, na verdade, são singulares em razão da sua notória especialização intelectual e da confiança depositada pelo constituinte”, estando a singularidade dos serviços consubstanciada no fato de que “somente ao profissional da advocacia é dado realizar assessoria ou consultoria

jurídica e o patrocínio ou a defesa de causas judiciais” (<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190607000940000.PDF#page=243>).

No Senado Federal, o relator Veneziano Vital do Rêgo, em seu parecer, afirmou que o Projeto merece ser aprovado diante das condenações sofridas pelos profissionais, após a assinatura de contratos com entes públicos, para o simples desempenho de atividades que lhe são próprias. Nesta Casa, o PL foi referendado e encaminhado para a sanção presidencial (<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8055783&ts=1578925734665&disposition=inline>).

Porém, em 08/01/2020, o Diário Oficial da União trouxe a publicação do veto do Presidente da República Jair Bolsonaro, justificando tê-lo feito por entender a proposição contrária ao interesse público e inconstitucional. A mensagem aduziu que o Ministro da Justiça Sérgio Moro, consultado, manifestou-se pela não aprovação, tendo em vista o princípio constitucional de licitar, porque “a contratação de tais serviços por inexigibilidade de processo licitatório só é possível em situações extraordinárias” (ANGELO, 2020, em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/bolsonaro-veta-dispensa-licitacao-contratar-advogados>) (<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=08/01/2020&jornal=515&pagina=2&totalArquivos=51>).

Mesmo sem esmiuçar especificamente o texto normativo proposto, veem-se nele várias impropriedades.

Primeiramente, diga-se que um serviço não pode ser considerado singular pelo fato único de ser prestado por profissional da área e, assim, justificar o afastamento da devida licitação, como delineado pelo relator do PL na Câmara. Ora, no edital do regular procedimento licitatório, isso seria uma das condições trazidas, a ser preenchida por todos os que almejassem contratar com o Poder Público. O outro argumento, da confiança, não se sustenta, pois, no âmbito público, a contratação deve ser completada em atenção ao previsto em lei, e não de acordo com a conveniência ou vontade particular do gestor.

Ademais, o autor, Deputado Efraim Filho, defendeu que os serviços seriam, por sua natureza, técnicos e singulares, desde que demonstrada a notória especialização do laborante, condição que, por sua vez, restaria preenchida quando se pudesse inferir que o seu trabalho é essencial e, sem dúvidas, o mais adequado ao objeto do contrato. Diante disso, cabe questionar sobre a quem caberia concluir pela imprescindibilidade do trabalho daquele advogado ou contador e se esse

legitimado teria mais condições de o fazer do que um procedimento pautado pela impessoalidade.

Como assentado acima, a singularidade do serviço se dá na ocasião em que se foge ao rotineiro, quando a Administração Pública precisa de um trabalho não cotidianamente realizado pelos profissionais daquela área, relacionando-se intrinsecamente com a excepcionalidade da não realização de procedimento que promova a igualdade de oportunidades.

Por outro lado, a notoriedade do profissional, que não se confunde com a singularidade do serviço, é consubstanciada na dedicação e obtenção de êxito reconhecidas, relativamente à determinada área, pelo profissional a quem se confiará tal mister.

As argumentações acostadas pelos parlamentares são insuficientes para fundamentar o afastamento da regra geral de licitação pública, através da qual se preserva incontáveis vetores cuidadosamente escolhidos pelo constituinte originário.

3.4. A patrimonialização da coisa pública mediante o alargamento dos casos de inexigibilidade licitatória

A partir do instante em que se afasta, sem suficiente motivo, a realização do certame previsto na lei nº 8.666/1993 os princípios democrático, republicano, da igualdade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da moralidade, da eficiência, da vedação ao retrocesso, da cidadania são afrontados e se desconsidera a luta da população brasileira pelo reconhecimento de seus direitos.

O princípio da vedação ao retrocesso é, de forma ampla, reconhecido em nossa Nação. Entendido como vetor implícito na Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal inicialmente o garantia em situações relacionadas a aspectos sociais do Estado, demandadoras de prestações positivas, mas, com o tempo, tornou-se um limitador aos Poderes instituídos nas suas mais diversas atuações (exs.: ADI 4.350/DF; STF - ARE: 745745 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014). A estes incumbe promover em grau crescente a vontade do povo e afastar involuções desproporcionais ao conquistado, sobretudo se o movimento regressivo beneficia interesses de quem representa publicamente a vontade popular.

É forçoso reconhecer que esses princípios são alguns – se não quase todos – dos responsáveis pela estruturação do país em sua forma de administrar, possuindo o seu desrespeito, pois, uma conotação imensamente perigosa.

Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero relacionam igualdade e justiça: “a igualdade passou a constituir valor central para o direito constitucional contemporâneo, representando verdadeira ‘pedra angular’ do constitucionalismo moderno” (MITIDIERO; MARINONI; SARLET, 2017, p. 615).

O ente político, quando contrata diretamente os profissionais que lhe prestarão serviços, afronta, em outra vertente, o concurso público, também corolário do vetor da isonomia, outro instrumento trazido pela Carta Magna, com o escopo de selecionar os mais competentes para formar os seus quadros.

Não se defende a incoerência da inviabilidade jurídica da competição em todos os casos; se essa inviabilidade for real, o afastamento de todo o trâmite da licitação regular deve acontecer, e o ente político precisa efetivá-lo. O que se argumenta é que não se pode contornar o dever de impedir a patrimonialização da coisa pública, não cabe abrir sem limites que gestores escolham, aleatoriamente, as pessoas que beneficiarão, enquanto governantes.

Peter Häberle ensina: “A teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática”(HABERLE, 2002, p. 14) – pensamento atualíssimo. Há, pois, razões bastantes para que a interpretação das hipóteses de inexigibilidade de licitação observe os valores e as finalidades do buscados pelo constituinte.

4. A NECESSIDADE DE SE MINORAR A PATRIMONIALIZAÇÃO DA COISA PÚBLICA E A EXCEPCIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – CONCLUSÃO

A licitação pública, a ordem dos precatórios judiciais, o concurso público, a vedação de o candidato à reeleição se fazer presente em inaugurações de obras realizadas por ele enquanto gestor, entre outros, são instrumentos perfilhados pela Constituição, de maneira explícita ou implícita, com o fito de garantir a observância de seus princípios, sobretudo aqueles primordiais.

A Lei Maior de 1988 é a mais democrática de nossa história, resultado de um longo processo evolutivo e de conquistas únicas pela sociedade brasileira. Possui vetores que a estruturam e, em consequência, a República Federativa do Brasil, como os da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, cidadania, proporcionalidade, vedação ao retrocesso.

No contexto do neoconstitucionalismo, a Constituição Federal vigente se preocupa imensamente com a efetivação dos direitos fundamentais, no âmbito dos quais se fala na teoria dos limites dos limites. O primeiro dos limites seriam os próprios direitos fundamentais, na medida em que o Estado não poderia retroceder

a ponto de fulminá-los; os limites dos limites, em outra vertente, basear-se-iam na ideia de que, em selecionados momentos, os direitos fundamentais podem ser afetados, desde que respeitado o respectivo núcleo-duro ou núcleo-essencial, do que já conquistado.

Assim, interpretar restritivamente hipóteses excepcionais ou situações em que se retiram direitos é regra amplamente aceita na hermenêutica jurídica, com maior razão quando se trata de retirar o significado de normas constitucionais em que se possibilita desconsiderar o que se assentou como regra a preservar os valores da Carta Magna. As interpretações restritivas e teleológicas adequam-se ao objeto do estudo.

A lei nº 8.666/93 regulamenta – e bem – o intuito do constituinte. Afastar a licitação fora das hipóteses abarcadas pela lei, para com isso relacionar situações que facilmente se entende impróprias do ponto de vista da teleologia constitucional, denota falta de percepção do atual momento evolutivo, em que já não mais se tolera a patrimonialização do que pertence ao povo, pelo gestor, em inequívoco detrimento do interesse público.

O interesse público encorpado nos valores e finalidades da Constituição Federal de 1988 não pode ser relegado em atenção a interesses obscuros ou francamente desprezíveis.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2017.

ANGELO, TIAGO. *Bolsonaro veta dispensa de licitação para contratação de advogados*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/bolsonaro-veta-dispensa-licitacao-contratar-advogados>, acesso em 10/04/2020.

ARISTÓTELES. *A Política*. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. In: CANOTILHO, J.J. et. al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm , acesso em 12/04/2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.980/2018*. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190607000940000.PDF#page=243>). Acesso em: 10/04/2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4.489/2019*. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8055783&ts=1578925734665&disposition=inline> Acesso em: 10/04/2020.

BRASIL. *Diário Oficial da União*: seção 1, número 5, de 08/01/2020. Brasília, DF. Disponível

em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=08/01/2020&jornal=515&pagina=2&totalArquivos=51>. Acesso em 10/04/2020.

BRITTO, Carlos Ayres. In: CANOTILHO, J.J. et. al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalism*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DEMOCRACIA. In DICIO, Dicionário Online de Português 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/democracia/> , acesso em 10/04/2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 32^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

FERRAZ, Luciano. In: CANOTILHO, J.J. et. al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MALUF, SAHID. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOBRE, Marcos. *Choque de Democracia. Razões de Revolta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PLATÃO. A

República. http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf, acesso em 10/04/2020.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARTORI, Giovanni. *Ensaios de Política Comparada*. Lisboa: Livros Horizonte, 2018.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado – Introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Livraria del Rey Editora, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REVERSÃO NOS HÁBITOS SECULARES PARA ELEVAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA DESTE SÉCULO

EDUARDO PAIXÃO CAETANO:

Professor de Ciências Criminais e Delegado de Polícia Judiciária Civil, atualmente na Titularidade da Delegacia Especializada em Crimes contra o Consumidor do Amazonas. Doutorando em Ciências Jurídicas. Formação como Mestre em Direito Ambiental. Autor dos livros jurídicos: "Direitos Humanos, vocação do Delegado de Polícia" (ISBN 978-85-400-1964-5) e da obra "Consciência ambiental para efetivação da dignidade humana no sistema prisional" (ISBN 978-85-400-2178-5).

RESUMO: Apesar da qualidade dos objetivos da modernização da justiça consumerista do século XXI e de seus vínculos com os princípios de dignidade humana, a positivação das leis estaduais e federais assumem o caráter de um trabalho em andamento ou ainda inacabado. A abordagem brasileira sugere que ela será gradualmente aprimorada quisá surtindo efeito maior na escala internacional ou nos sistemas derivados do direito brasileiro. A ideia é reproduzir em todas as direções e instituições o progresso. Portanto, é de se esperar nestas linhas que o próximo século XXII não encontre pessoas procurando esses mesmos conceitos. Seria realmente benéfico se pudéssemos assumir mais responsabilidade civil nas reformas legislativas e que elas confirmassem que não existe um objetivo maior que a justiça e a individualização do problema do consumidor. Sendo os objetivos essenciais e inseparáveis um do outro, a justiça e a dignidade humana do consumidor permanecem além do alcance de todos, sem o outro e sem a lei. Separá-los seria um fracasso garantido. É isso que torna a modernização da justiça consumerista do século XXI extraordinariamente bela. Foi usada a metodologia de leitura de artigos publicados em mídia impressa conforme referência bibliográfica.

Palavras-chave: economia colaborativa; consumidor consciente; dignidade humana; modernização; sustentabilidade.

ABSTRACT: Despite the quality of the objectives of modernizing consumerist justice in the 21st century and its links with the principles of human dignity, a positivization of state and federal laws takes on the character of a work in progress or still unfinished. A Brazilian approach that suggests that it will be gradually improved will require a greater effect on the international scale or on systems derived from Brazilian

law. The idea is displayed in all progress instructions and institutions. Therefore, he expects these lines in the next twenty-second century not to find people looking for these same concepts. It would be really beneficial if we could take more civil responsibility in legislative reforms and that they confirm that there is no greater objective than justice and the individualization of the consumer problem. Since the essential and inseparable objectives are one another, the justice and human dignity of the consumer remain beyond the reach of all, with or without another law. Separating them seriously is a guaranteed failure. This is what makes the modernization of consumerist justice in the 21st century extraordinarily beautiful. The methodology for reading articles published in print media was used, according to the bibliographic reference.

Keywords: collaborative economy; conscious consumer; human dignity; modernization; sustainability.

Sumário: Introdução. 1. Imperativo da segurança do consumidor. 2. O século do vulnerável que consome. 3. Sistema que relaciona consumo com economia e a legislação ideal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É de fácil constatação que a justiça no século XXI e a segurança do consumidor estão ligadas nos níveis teleológico, terminológico e instrumental, bem como em termos dos imperativos, obrigações e dos desafios a serem enfrentados. A justiça do século XXI, mais cedo ou mais tarde, abordará os múltiplos aspectos de segurança do consumidor no aspecto administrativo, jurídico, econômico, alimentação, saúde e meio ambiente que são estão diretamente ligados à própria dignidade humana, posto que todos são consumidores no mundo capitalista.

Tal observação ecoa o direito de estabelecer as regras necessárias e suficientes para garantir a segurança da pessoa humana e a proteção de todos os indivíduos contra todas as formas de ameaças, riscos e incertezas previsíveis. Antes de tudo, é direito proteger o homem: pobreza, desemprego, fome, doenças infecciosas; riscos ambientais (degradação do meio ambiente, o esgotamento dos recursos, catástrofes naturais, "poluição"); riscos profissionais ou cotidianos; produtos de consumo não saudáveis, para tornar os cuidados de saúde essenciais acessíveis a eles.

É objetivo de qualquer direito em qualquer civilização também proteger o homem contra todas as formas de crime, violência e maus-tratos (tratamento desumano, violência física, profissional ou familiar, etc.); ameaças de natureza identitária, cultural, étnica, interétnica, religiosa, denominacional ou "religiosa";

opressão, abuso e arbitrariedade política, administrativa ou jurisdicional; todas as formas de abuso de autoridade ou poder. Isto é também o propósito e a própria essência da dignidade humana.

Como a lei para a modernização da justiça consumerista no século XXI está em sua infância e conhecendo a tradição brasileira em questões de reforma, é certo que futuros ajustes nas inúmeras legislações pelo Brasil conseguirão tocar as outras dimensões legais da segurança humana ligada ao consumidor vulnerável.

Quanto à modernização da justiça no século XXI, existem muitos termos comuns ao conceito de segurança do consumidor como matéria de direito humano. Entre esses termos, vale destacar os de prevenção, proteção ou segurança. Vale a exposição de motivos, o processo de restabelecimento do vínculo de confiança entre os cidadãos e os fornecedores na relação consumerista que é uma prioridade, assim como a afirmação do Estado de Direito, considerada essencial para manter a coesão e confiança na democracia.

As razões destas leis estaduais por todo país também enfatizam a necessidade de proteção dos cidadãos e da confiança em seus poderes judiciário e justiça "como elemento dos valores fundamentais da República. A necessidade de informar melhor os cidadãos e torná-los mais responsáveis por suas decisões, ou seja, tornar a justiça cotidiana mais eficiente, mais acessível, mais adequada aos desenvolvimentos de nosso tempo, mais rápida e menos complexa, mais próxima e melhor organizada, a fim de permitir que os litigantes busquem uma solução negociada em uma estrutura legal antes de recorrer ao juiz, tudo isso corresponde à terminologia do equilíbrio de armas na relação consumerista.

O mesmo se aplica aos termos de justiça independente e irrepreensível, dos postulados da justiça em sintonia com as evoluções da sociedade e mais voltados para o cidadão, para atender às suas muitas expectativas e permitir que ele seja mais capaz de agir, defender seus direitos e resolver suas disputas na relação de consumo. A imparcialidade e abertura dos magistrados para valorização do direito do consumidor também amplia o campo da terminologia de segurança humana. A terminologia da justiça do século XXI para justiça para homens, portanto, não difere muito do conceito de segurança dos consumidores, conforme será exposto nestas linhas (COSTA, 2014).

1. Imperativo da segurança do consumidor

A lei de modernização da justiça consumerista do século XXI deve ter vários objetivos secundários vinculados aos da segurança do consumidor, em particular: adaptar a organização e o funcionamento da justiça para que os cidadãos

estejam no centro do serviço público de justiça; basear as reformas organizacionais e estatutárias dos fornecedores de qualidade; permitir que o cidadão resolva sua disputa de maneira negociada antes ou mesmo depois do encaminhamento ao judiciário.

Importante ainda que a legislação positivada forneça apoio rápido e local a disputas cotidianas que afetam os mais vulneráveis, bem como a disputas de golpes nas redes sociais; redefinir os contornos da intervenção do juizado cível; garantir um serviço público de justiça mais próximo, mais eficiente e mais protetor que regule as relações consumeristas.

As ações visadas por leis futuristas também devem mostrar um estreito vínculo com a segurança humana, em particular: a ambição da justiça adaptada às novas necessidades legais e a correção das desigualdades sociais, independente do prejuízo financeiro; fortalecer o acesso à justiça por meio de canais digitais; garantir uma justiça mais aberta à sociedade e mais adequada ao desenvolvimento territorial, social, demográfico e econômico; melhorar a organização judicial e o funcionamento dos canais de reclamação das empresas.

Além dessas ações, indispensável o foco de cada um dos profissionais da justiça em suas missões essenciais; seja de promover a solução amigável de controvérsias; fortalecer a proteção dos mais vulneráveis; melhorar o funcionamento interno das conciliações, a individualização dos casos e os instrumentos utilizados que desfigurem a demora na solução da demanda.

O fato de considerar a justiça uma ferramenta de regulação social a serviço da luta contra as discriminações e as desigualdades, de buscar o reforço da igualdade de todos perante a justiça, o acesso dos mais desfavorecidos à justiça, a confiança dos consumidores na justiça, se encaixa bem na lógica da segurança humana.

O mesmo se aplica ao objetivo de fortalecer o acesso à lei e à justiça, melhorar o recrutamento e o treinamento de magistrados ligados à causa do consumidor, simplificar procedimentos, colocar o cidadão no centro do serviço público de justiça, aproximar a justiça do cidadão e garantir melhor o acesso à lei e à justiça (COSTA, 2014).

As razões de um arcabouço jurídico uno e simplificado também visam uma justiça para garantir a vida econômica das empresas, uma modernização do serviço público de justiça, de simplificação e segurança do direito do consumidor. Não existe realmente uma linha divisória entre esses objetivos e as estratégias de segurança do consumidor.

A lei para a modernização da justiça do século XXI anuncia uma segurança mais cuidadosa, na medida em que tende a redefinir, entre outros, o juiz do século XXI, as jurisdições do século XXI, o legislador do século XXI, o advogado do século XXI, o litigante do século XXI. Em princípio, mostra um esforço para levar em conta o direito do público do consumidor de participar da elaboração da lei, de acordo com as disposições da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (BOTSCHAN, 2011).

Quando se afirma que os brasileiros acreditam que os procedimentos devem ser simplificados e as informações sobre o funcionamento da justiça em geral melhoradas, isso reflete esse desejo de levar em conta as observações do público que consome. O mesmo ocorre quando se informa que os cidadãos consideram que a justiça deve estar mais próxima do ponto de vista geográfico ou que a organização da justiça deve se adaptar a desenvolvimentos sociológicos, demográficos e econômicos nos territórios e basear-se em observações objetivas compartilhadas por todos os atores locais.

A abordagem consumerista que consiste em confiar missões de reflexão e estudo sobre a organização judiciária, a justiça, o cargo de juiz, seu perímetro de intervenção e a organização de seu trabalho, a ação pública e o Ministério Público, visa indubitavelmente um conhecimento controlado da justiça e os riscos resultantes de uma organização precária dos tribunais que minimizam o direito do consumidor.

Essas abordagens pressagiam uma profunda reconfiguração dos vários atores da justiça no século XXI. Ao evocar porcentagens da população que exigiram uma medida de justiça ou números resultantes de estudos preliminares, estamos criando precedentes que valerão um direito devido ao cidadão em procedimentos legislativos, mas também um novo princípio de legitimidade das regras legais (COSTA, 2014).

Ao fazer isso, o consumidor do século XXI está se tornando um legislador com uma influência definitiva na lei e na justiça que ele precisa para se sentir seguro. Essa abordagem exigirá que os legisladores sejam obrigados a envolver os cidadãos de maneira eficiente no desenvolvimento de normas legais e ainda a levar em consideração dados estatísticos e científicos.

Na hipótese de continuidade dessa abordagem, o consumidor anseia por respeito da sua causa com a prestação jurisdicional em tempo razoável e justo. É o advento de um novo legislador e de um novo litigante no século XXI, mas também de um novo advogado e um novo juiz no século XXI, levando em consideração os

objetivos de reforma que lhes dizem respeito, de novo, já que todos são homens que consome e são lesados diariamente.

A segurança do consumidor é um imperativo e uma obrigação de justiça no século XXI. Por seu próprio título e seu princípio de justiça para o homem que consome, a lei para a modernização da justiça no século XXI implica que a justiça dos séculos anteriores, ou pelo menos do século XX, não era moderna e que ela prestou pouca ou nenhuma atenção às preocupações e necessidades do consumidor que sofre com a demora na solução de suas demandas pessoais (BOTSCHAN, 2011).

A modernização da justiça do século XXI consiste em divorciar-se da antiga moral e crenças fundamentais, antigas abordagens e métodos, antigos sistemas, valores, princípios e dogmas; adaptar a justiça à era atual; fornecer respostas adequadas às preocupações atuais do homem vulnerável, colocar a justiça na vanguarda do progresso e em harmonia com o homem do século XXI.

É o começo de uma nova era o surgimento de uma lei para a modernização da justiça consumerista no século XXI para que fique entre mais magníficas de nossa época, pelo reconhecimento implícito dos maus tratos do consumidor pela justiça no século XX ou nos séculos anteriores. É uma realidade. O século XX, com o incentivo ao consumismo irresponsável, sem consciência ambiental, eis uma globalização mal administrada, que não foi muito glorioso para o homem (COSTA, 2014).

O século XX nos legou uma diversidade de ramos de direitos humanos (direito previdenciário, direitos humanos, direitos humanitários, direito penal internacional, direito internacional dos refugiados, direito internacional do trabalho, direito do desenvolvimento), políticas e estratégias de ajuda ao desenvolvimento, mas o objetivo da justiça para o consumidor vulnerável não foi suficientemente alcançado.

2. O século do vulnerável que consome

Teoricamente, era o século do homem, mas, na prática, um século contra o homem, um século de paradoxos, de transplantar o medo e o risco. As estratégias do século XX ou dos séculos anteriores nos deixaram com um mundo consumista muito desequilibrado, com empresas anormalmente ricas de um lado e anormalmente pobres no campo da fidelização dos clientes. Felizmente, o Brasil, respeitoso de sua tradição e história em termos das grandes teorias e idéias revolucionárias do direito do consumidor, passou a estabelecer o princípio da justiça para o século XXI moderno, feito para o homem.

Portanto, por uma questão de princípio, a segurança do consumidor se torna uma obrigação, uma obrigação para a justiça do século XXI. Uma obrigação, porque propõe implicitamente resolver as condições ou causas determinantes do medo perante os tribunais ou juízes, perante a administração, agências reguladoras, em relação a outros, bem como a coexistência sistemática do Estado com as causas e condições antrópicas que determinam inseguranças para o consumidor. É também uma necessidade absoluta, porque a segurança humana é inseparável da justiça para os consumidores. Esta é, de certa forma, o próprio objeto dessa justiça.

A segurança humana é um enorme desafio a ser enfrentado pela justiça do século XXI, porque a modernização da justiça, a justiça conhecida como justiça feita pelo homem, evoca a ideia de reformar a lei. Perceba que lei, entre outros enfoques, passa do "seguro-desemprego" em um seguro de trabalho ou em uma garantia para o trabalho, para uma partilha justa de trabalho, uma adaptação do trabalho ao homem e a reconciliação do trabalho do homem (COSTA, 2014).

Isso requer uma mudança de abordagem e métodos, reformas profundas e prevenção. A lei atual é pouco punitiva, muito branda e controversa, mas seria um preço a pagar para garantir a segurança humana. Não é fácil, mas cabe ao consumidor consciente permitir que o homem tenha, por um lado, conhecimento suficiente da natureza, causas e efeitos dos riscos e ameaças que o cercam e que expõe-se e, por outro lado, os meios necessários para superá-los e praticar o consumo consciente e responsável.

Este parece ser o preço a pagar para permitir que o consumidor tome conhecimento das ameaças que pairam sobre ele, a fim de proteger a si e aos outros. Para garantir a segurança, essa justiça parece permitir que homens e mulheres, por um lado, se conheçam bem e conheçam bem o sexo oposto e, por outro lado, tenham os meios e os capacidade necessária para combater a violência.

Essa justiça deve ter como objetivo garantir a harmonia e a emancipação da raça humana que consome (mulheres, homens, outros gêneros) e o equilíbrio ou igualdade de direitos, oportunidades e meios para todos, sem distinção pelo valor do serviço ou produto. É um enorme desafio, pois será necessário fazer reformas profundas e aceitá-las, gerenciar mudanças e redefinir completamente os vários atores da justiça (o legislador do século XXI, o juiz do século XXI, o advogado do século XXI e litigante do século XXI). É um enorme desafio: o de um mundo, a humanidade, uma reversão nos hábitos seculares, o de reorientar o consumidor em suas dimensões mais humanas e humanitárias, o de unir o consumidor ao homem (BOTSMAN, 2011).

A justiça pro consumidor do século XXI parece ser a justiça ideal, mas ainda há um longo caminho a percorrer antes que possa ser considerada como tal. Pelos seus principais objetivos - aqueles: aproximar a justiça do consumidor; promover métodos alternativos de resolução de disputas; melhorar a organização dos tribunais para um tratamento mais eficiente das disputas; reorientar os tribunais em suas missões essenciais; coordenar o acesso coletivo ao juiz; renovar e adaptar o juizado cível aos desafios da vida econômica e do emprego - parece ser um instrumento para melhorar a segurança do consumidor.

No mínimo, os objetivos secundários desta sonhada lei devem atingir o objetivo de proteger a pessoa consumidora contra danos da relação de consumo internacional. Há também alguns objetivos a serem observados, mesmo que sejam bonitos e aceitos, como o de promover a resolução alternativa de disputas para não incorrer no desvio produtivo do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor[1] vigente não é a melhor opção para proteger a relação de consumo contra riscos jurisdicionais, porque ele aumenta a duração dos julgamentos e causa custos adicionais para as partes, o que é contrário aos paradigmas da eficiência. A solução que parece melhor para fazer justiça ao homem seria tornar a lei mais preventiva das disputas e litígios, mais justa (mais equitativa e mais protetora), de modo a tornar muito excepcional o recurso jurisdicional (COSTA, 2014).

Métodos alternativos de resolução de disputas não serão mais necessários quando a lei possibilitar a prevenção de disputas previsíveis, mantidas por lei. Nesse caso, haverá apenas as disputas inevitáveis a serem decididas pelos tribunais ou pelos juízes. Juízes, como advogados, também devem ajudar a evitar litígios. O objetivo de reorganizar e reorientar os tribunais em suas missões essenciais parece ter mais chance de tranquilizar as pessoas.

Também é necessário compatibilizar as regras secundárias com os principais objetivos e realizar as reformas necessárias para alcançá-las. Os objetivos desta sonhada lei são magníficos, mas as regras secundárias não parecem valer tudo. Nesse sentido, uma vez que é a tendência, coletar as observações do litigante sobre a concordância dos objetivos ou regras secundárias com os principais objetivos desta lei pode ser útil para tratar e alcançar melhor o objetivo final da segurança do consumidor.

3. Sistema que relaciona consumo com economia e a legislação ideal

A explicação da economia como um sistema é originária dos fisiocratas. A fisiocracia significa o 'poder sobre a natureza', dessa forma, o resultado da exploração

dos recursos naturais, mais especificamente da agricultura, é considerado riqueza (os fisiocratas se referiam ao século XVIII).

Os fisiocratas relacionaram o consumo com a economia. Quanto mais bens fossem consumidos, mais dinheiro circularia no sistema, logo o consumo se tornaria o motor da economia. Outra relação necessária deu-se entre os produtores e consumidores, de modo que os consumidores dependem dos bens e serviços dos produtores, que por sua vez, dependem das compras e trabalho dos consumidores.

Entende-se que o consumo seguiu como um ponto fundamental para o propósito da produção e pode ser compreendido como o uso ou o gasto dos serviços e dos bens perecíveis e duráveis, tanto pelo setor privado (unidades familiares) como governamental. Logo, o consumidor é entendido como o usuário final de um produto ou serviço.

A economia veio para ser o tema dominante das relações humanas com o crescimento econômico, cuja prioridade é aumentar a produção. Esta foi vista como a chave para o bem-estar da humanidade pois, por meio do crescimento, a pobreza seria superada: com a riqueza dos mais ricos, os mais pobres seriam puxados para sair da pobreza.

Contudo, de uma perspectiva macroeconômica, a realidade pode ser mostrar outra. A economia trabalha com uma escala (população *versus* uso de recursos *per capita*), que deve estar dentro da capacidade da região sem que seja necessário recorrer ao excesso de consumo dos recursos. Dessa forma, implica-se em um ponto limite na escala, ou seja, uma contrapartida entre o tamanho da população e as taxas de uso dos recursos *per capita* de uma dada região. Essa situação, nos países pobres, levaria ao ponto em que não se podendo reduzir as taxas de uso de recursos, necessariamente, haveriam que concentrar seus esforços no controle da população (DALY, 1990).

O mesmo é relatado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento[2], onde as populações em rápido crescimento podem aumentar a pressão sobre os recursos e retardar qualquer melhora na qualidade de vida. Dessa forma, o desenvolvimento sustentável só pode ser prosseguido se o tamanho e o crescimento da população estiverem em harmonia com o potencial produtivo do ecossistema.

A legislação deve exigir sustentabilidade, pois o problema, no entanto, não é simplesmente uma dimensão global da população, visto que em países com altos níveis de consumo de energia e materiais a pressão é maior do que em países pobres, dada a maior exploração dos recursos da Terra. Nos países mais ricos, com

taxas de crescimento demográfico reduzidas, o alvo se torna a redução do consumo, para que o equilíbrio seja mantido (DALY, 1990).

A legislação deve trazer consumo consciente, pois, para manter a mesma qualidade de vida, os modelos de crescimento passados falharam em erradicar a pobreza no mundo ou no interior dos países. Este padrão de crescimento também prejudicou o meio ambiente do qual a humanidade depende, aumentando a amplitude entre ricos e pobres e degradando os sistemas naturais. Sobre essa realidade o desenvolvimento sustentável questiona os modelos econômicos vigentes (DALY, 1990).

O novo documento deve exigir uma forma diferente de crescimento, onde o foco se dê na satisfação das necessidades essenciais do presente, mesclando ambiente e economia na tomada de decisão, com ênfase no desenvolvimento humano, na participação nas decisões e equidade nos benefícios. O desenvolvimento proposto é um meio para erradicar a pobreza, atender às necessidades humanas e garantir que todos recebam uma parcela justa dos recursos. Ressalta-se o papel da justiça social, como um componente crucial do conceito de Desenvolvimento Sustentável.

CONCLUSÃO

A ecologia profunda compreende que, no longo prazo, as reformas ambientais dos sistemas sociais e econômicos não são uma solução viável para compensar a destruição acelerada do meio ambiente. As causas da crise ecológica estão na cultura ocidental do domínio humano sobre a natureza. Dessa forma, se poderia enfrentar a crise ambiental através do entendimento do quanto a natureza é importante para a sobrevivência dos humanos, ou seja, uma visão centrada nos seres vivos como um todo e não apenas no homem.

A modernização da justiça consumerista do século XXI deve ter vínculo sobremaneira com a elevação do consumidor à categoria de detentor de direito de máxima grandeza, seja em razão da relevância da sociedade de consumo cada vez mais voraz, seja pelos princípios da dignidade humana que envolvem esta relação de consumo moderna e global.

A posituação brasileira nos mais variados estados sugere que é urgente a necessidade de unificar as inúmeras leis esparsas que por vezes se complementam e outras vezes confundem. A ideia de uma legislação ainda mais de vanguarda passa por reproduzir em todas as dimensões o progresso em todo o Brasil, para que não seja uma conquista regionalizada. Portanto, é de se esperar que ainda neste século

XXI surjam estes conceitos que supervalorizam o direito do consumidor e individualiza as demandas.

Será benéfico se uma nova legislação federal amparar mais o tempo do consumidor, reprimindo o desvio produtivo e reforçando a responsabilidade civil nas reformas legislativas. Os objetivos essenciais da nova legislação devem ser inseparáveis um do outro, de tal forma que a justiça e a dignidade humana do consumidor permaneçam dentro do alcance de todos. É isso que torna a modernização da justiça consumerista do século XXI extraordinariamente urgente e de interesse nacional.

Não há que se falar em direito consumerista sem estreitar a ligação com os direitos humanos, pois a sociedade capitalista deve frear o consumismo irresponsável e provocar nesta nova legislação o surgimento da figura do consumidor consciente. O reflexo desta legislação sonhada tem caráter internacional e significa a sobrevivência ecológica em escala global, como dever ser tratado qualquer matéria ligada ao consumo atualmente.

REFERÊNCIAS

BOTSMAN, R.; ROGERS, R. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Porto Alegre: Bookman, 2011.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

COSTA, R.B. Entre resistências e dádivas: reflexões sobre o consumo colaborativo. **Cambiassu**, v. 19, n. 14, p. 237-252, 2014.

DALY, H. **Toward some operational principles of sustainable development**. *Ecological Economics*, v. 2, p. 1-6, 1990.

NOTAS:

[1] *CDC - Código de Defesa do Consumidor foi instituído pela Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, gerando importantes mudanças que, no decorrer dos anos 90 e na primeira década do século XXI, mudaram consideravelmente as relações de consumo.*

[2] Em 1983, em resposta a uma decisão da 38ª Assembléia-Geral da ONU, foi estabelecida a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida pela então Primeira-Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland. Seu objetivo, em grandes linhas, era o de reexaminar a questão ambiental inter-

relacionando-a com a questão do desenvolvimento e, além disso, propor um Programa de Ação em nível mundial.

OS PORMENORES SOBRE OS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA E O INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil¹.

RAPHAEL ZANON DA SILVA[1]

(coautor)

Ao ler os manuais tradicionais relacionados ao Processo Penal brasileiro verificamos o pouco apreço pela correlação dos institutos de processo penal com o inquérito policial ou a investigação propriamente dita. Neste aspecto, mal se vê eventual abordagem da temática relacionada aos crimes que se procedem mediante ação penal privada na fase extraprocessual da persecução.

Os crimes que se procedem mediante ação penal privada são, em tese, aqueles que menos afetam o interesse geral, estando ligados a esfera íntima da vítima. Renato Brasileiro ensina que

os fundamentos que levam o legislador a dispor que determinado delito depende de queixa crime do ofendido e de seu representante legal são: a) há certos crimes que afetam imediatamente o interesse da vítima e mediatamente o interesse geral; b) a depender do caso concreto, é possível que o escândalo causado pela instauração do processo criminal cause maiores danos à vítima que a própria impunidade do criminoso

¹ Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

(.); c) geralmente, em tais crimes, a produção da prova depende quase que exclusivamente da colaboração do ofendido (...) [2].

Por serem a minoria das infrações penais previstas no ordenamento jurídico, cremos que a doutrina pouco explore suas implicações jurídicas, mormente no que diz respeito a fase inicial da persecução. Por este motivo, vimos como necessária tal abordagem.

No que toca a instauração do inquérito policial, o artigo 5º, § 5º é cristalino ao dizer que “nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la”.

O requerimento da vítima trata-se de inequívoca condição de procedibilidade para que a investigação penal seja iniciada, da qual, sem ela, não pode o delegado de polícia iniciá-lo, ainda que sem sede de verificação de procedência das informações conforme explicita o art. 5º, § 3º do Código de Processo Penal.

Cabe destacar que o requerimento/requisição do Ministro da Justiça em nada se confunde com a queixa crime propriamente dita. Enquanto os primeiros possuem a característica de condição de procedibilidade para a instauração da investigação criminal, o segundo é a peça inicial acusatória da ação.

Lembremos, que nos casos de uma infração penal ser de iniciativa privada utilizará a lei da expressão “somente se procede mediante queixa”. Por sua vez, na ausência de qualquer expressão, estaremos diante de crimes cuja ação penal é pública incondicionada.

Sob o enfoque da prática policial judiciária, vemos que diuturnamente inúmeros casos são arquivados diante da extinção da punibilidade do agente em razão do decurso do lapso temporal previsto para o oferecimento da queixa crime previsto no art. 38 do Código de Processo Penal.

Tal fato jurídico se dá pois, muito embora a vítima ou quem tenha qualidade para representá-la, tenha requerido a instauração do inquérito policial nos casos em que a autoria é conhecida de plano, não se vê a propositura da queixa-crime dentro do prazo decadencial de 06 (seis) meses, perfazendo a decadência, causa extintiva da punibilidade analisada mais à frente.

Devemos ter em mente que a propositura da “queixa-crime” deve se dar perante o Poder Judiciário e no prazo legal. Por sua vez, a manifestação/autorização ou requerimento apto a autorizar as polícias judiciárias na persecução penal é medida

diversa, não sendo capaz de interromper o prazo previsto em lei para o início do processo.

Em verdade, as 02 (duas) providências citadas são salutares para o êxito e eventual responsabilização futura ao agente responsável pela prática de crimes sujeitos à ação penal privada.

A FUNÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NAS INFRAÇÕES PENAIS PRIVADAS DE AUTORIA CONHECIDA

Conforme bem delineado por Francisco Sannini[3], o inquérito policial não tem por único objetivo a função probatória ou preparatória da ação penal. No mesmo sentido Joaquim Leitão Júnior[4]. Cabe a este importante caderno persecutório as funções relacionadas à preservação dos direitos do investigado, da vítima, de testemunhas, a redução de cifras negras, a restauração do status anterior a prática do crime, dentre outras funções atinentes a próprio democracia.

Logo, é possível verificar que o inquérito policial não mais pode ser visto como um “mero procedimento administrativo investigatório e dispensável para o oferecimento da ação penal”. Tal afirmação trata-se de verdadeira diminuição de seu real objetivo.

O inquérito policial é verdadeiro instrumento do Estado democrático que inviabiliza acusações infundadas por parte do Estado-acusador. O então Ministro da Justiça Francisco Campos, autor do atual Código, foi cirúrgico ao trazer da exposição de motivos do Código que

(...) há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas (...).

À luz das regras do CPP, estabelece o art. 12 que “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”. Por sua vez, o art. 39, § 5º do mesmo diploma legal prevê que “o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”.

Vejamos que em nenhum momento o legislador deu a entender que o inquérito policial ou a investigação pretérita seria, como regra, dispensável a propositura da ação penal. Tal conceituação trata-se de entendimento depreciativo, que objetiva descaracterizar a importância do inquérito policial no sistema de persecução penal.

Na linha do estudado neste artigo, extrai-se da leitura das normativas legais que, excepcionalmente, o inquérito policial é pode ser dispensado, desde que o titular da ação penal tenha em mãos elementos de informações aptos a ensejar justa causa para o oferecimento da ação.

Nesta toada, o inquérito policial assume duas funções principais (dentre outras já mencionadas na introdução), quais sejam: descobrir quem é o autor do fato e providenciar elementos que o materializem no mundo jurídico (autoria e materialidade delitiva).

Ao leitor, cremos ter deixado claro que o inquérito policial acompanha quase que a totalidade das denúncias oferecidas pelo Ministério Público. Mas, seria ele um procedimento indispensável nos casos em que o crime se procede mediante ação penal privada cuja autoria seja conhecida?

Assim como as características da ação penal pública não são idênticas as da ação penal privada, de igual modo o inquérito policial se apresenta em tais situações. Necessário, para verificar a sua indispensabilidade, verificar se o operador do direito encontra-se diante de um crime que se procede mediante ação penal pública ou privada.

A sua importância e indispensabilidade estão ligadas diretamente aos crimes de ação penal pública, haja vista não haver substituição processual relacionada à autorização do ofendido agir em nome do Estado, salvo diante da omissão do *parquet* quando ao oferecimento da denúncia no prazo legal, o que possibilita o ajuizamento de queixa crime subsidiária pela vítima.

Diante de tal cenário, da mesma forma que o Estado coleta elementos para subsidiar a denúncia, não vemos óbice quanto a possibilidade de a vítima apresentá-los ao Poder Judiciário juntamente com o oferecimento da queixa-crime. E este é o ponto que queremos chegar.

Regra geral, nos crimes cuja ação penal é de natureza privada, a autoria é conhecida de plano pela vítima, a qual ainda possui elementos suficientes e ensejadores de justa causa para que seja a ação penal iniciada, tal como ocorre em ofensas praticadas por meio da internet ou em bares e locais públicos. Este é o aspecto prático dos crimes contra a honra, por exemplo.

Tais condutas não tratam de crimes de oportunidade, mas sim de questões intrínsecas a convivência social de pessoas dentro de uma mesma comunidade.

A nosso ver, este é o típico caso que excepciona a indispensabilidade do inquérito policial. Com isto, estamos diante de um crime cuja ação penal interessa somente à vítima ou ao seu representante legal.

Ora, se a vítima sabe quem é o autor do delito e possui elementos de tal prática delituosa, qual motivo que ensejaria a instauração do inquérito policial? Extraí-se da leitura do art. 38 do CPP que, sabendo quem é o autor do delito, caberá a vítima ingressar com queixa crime dentro do prazo de 06 (seis) meses.

Da análise do artigo extraí-se que, em tais casos, cabe à vítima proceder ao ajuizamento de queixa crime, desde que reunidos todos os pressupostos legais para que seja ela recebida.

Logo, nos crimes que se procedem mediante ação penal privada o entendimento deve ser diverso do já apresentado acerca da indispensabilidade do inquérito policial. Ou seja, o inquérito, em tais casos, é dispensável para a propositura da ação penal se a vítima souber quem seja o autor do delito e apontar em documentos elementos para tanto.

Este é o teor do art. 41 do CPP:

“(...) a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Em suma, nítido é que nos crimes que se procedem mediante queixa crime, o Estado-Investigação só deve atuar caso não se tenha conhecimento da autoria, não cabendo à vítima utilizá-lo para se beneficiar de sua eficiência investigativa e viabilizando todos os elementos probatórios necessários.

Neste sentido, em muito se aproxima o crime cuja ação penal possui natureza privada do ilícito civil, em que cabe unicamente ao autor da ação, salvo impossibilidade de fazê-lo, a produção de provas em busca da condenação do autor do fato.

DA NECESSIDADE DE INTERESSE INEQUÍVOCO DA VÍTIMA EM AUTORIZAR O ESTADO NA PERSECUÇÃO PENAL

Ponto que merece especial atenção está no fato de que o mero registro da ocorrência não traz em seu bojo a existência da condição de procedibilidade para a instauração do inquérito policial.

O mero registro da ocorrência, que nada mais é do que uma declaração unilateral de um fato - em tese - criminoso, não pode ser tratado como condição de procedibilidade para a instauração de inquérito policial.

Vejamos que tanto o requerimento, como a representação, são atos que exigem certa formalidade ainda que não sagrada, devendo ser expressos pela vítima ou quem tenha qualidade de representá-los, ou seja, necessário será que o requerimento traga a clara manifestação de vontade da vítima em ver apurado o fato contra ela praticado, bem como os demais requisitos previstos no art. 5º, § 1º do CPP.

“O requerimento é uma solicitação, passível de indeferimento (...) [5]”. Dele deverá constar todos os requisitos trazidos no art. 5º, § 1º do CPP:

narração do fato, com todas as circunstâncias; individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer; a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

Não ignoramos a discussão de que o mero registro da ocorrência da vítima nesta circunstância externaria, ainda que implícita ou tacitamente, o desejo de requerer ou representar. Mas, por questões de segurança jurídica e da própria vigência da Lei de Abuso de Autoridade, por que não se exigir esta manifestação expressa, no próprio corpo da ocorrência policial ou em termo apartado?

Por óbvio que, a fim de não prejudicar o acesso à Justiça, não será necessária presença de advogado para a realização de tal ato. No entanto, sendo o requerimento proposto por profissional, deverá conter, além da procuração com poderes especiais (art. 39), todos os demais elementos requisitos previstos no art. 5º, §1º do CPP.

DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE AGIR

Trata-se de causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107, IV do CP consistente na **perda do direito de ação privada ou de representação** em decorrência de não ter sido exercido no prazo legal de 6 (seis) meses contados do conhecimento da autoria do fato.

A vítima ou seu representante legal não possuem prazo indefinido para ingressar com a queixa crime em face do autor do crime, sob pena de se eternizar uma situação. Aliás, o próprio Estado impõe limite temporal à pretensão da vítima conforme dispõe o já mencionado art. 38 do CPP.

Diante de sua redação legal devemos partir de duas premissas: a primeira é a de que, em caso de crime cuja ação penal seja privada, ausente peças de informação, somente poderá ser dado início às investigações caso haja requerimento expresso da vítima para a instauração de inquérito policial; a segunda diz respeito ao início do cômputo do prazo decadencial para que o ofendido ingresse com a QUEIXA-CRIME, que se iniciará do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.

Quanto à interrupção do prazo decadencial é claro que não basta o requerimento do ofendido para instauração de inquérito policial a fim de que seja ele interrompido, sendo necessário que o ofendido ingresse com a QUEIXA-CRIME em juízo a fim de que não haja o perecimento de seu direito.

É neste sentido que leciona Nestor Távora

“o prazo é peremptório, e não será suspenso ou prorrogado. Encerrado em final de semana, o ofendido deverá buscar a autoridade plantonista para exercer o direito, objetivando evitar a decadência. Da mesma forma, a **pendência de inquérito policial não prorroga o prazo para o exercício da ação privada. Se o inquérito não for encerrado a tempo, restará o exercício da ação privada sem o inquérito, que é peça disponível**”. (TÁVORA, Nestor. p. 67).

Guilherme de Souza Nucci, ao tentar dar uma solução à questão relacionada ao momento da interrupção do prazo decadencial informa que este deverá ser no momento de sua distribuição, **invocando o excesso de serviço em todos os setores do Poder Judiciário**.

Tal excesso não pode ser visto unilateralmente pelo Poder Judiciário, mas sim em todos os Poderes e setores da administração pública. E na Polícia Civil não é diferente, ainda que todos os policiais trabalhem de forma a tentar buscar a solução mais rápida nas investigações, nem sempre podem ser concluídas com observância regular dos prazos legais.

Por este motivo, em caso de demora na conclusão de inquérito policial em crime cuja ação penal seja de natureza privada, Nucci traz uma espécie de solução ao ofendido para que não ocorra a decadência:

“não é porque a ação é privada que prescinde de justa causa para ser ajuizada, razão pela qual se exige prova pré-constituída também para a queixa ser recebida. Nos moldes da denúncia, que demanda, como regra, a produção do inquérito policial para lhe dar sustentação, a queixa pode contar com a prévia investigação para atingir o mesmo objetivo. **Havendo demora da Polícia Judiciária, sem qualquer responsabilidade do querelante, cremos razoável admitir-se que haja o oferecimento da queixa, com prova de que o inquérito está sendo realizado e, em breve, finalizado, para interromper o prazo decadencial. O juiz, então, passa a controlar o prazo do inquérito, exigindo a sua conclusão para que possa apreciar se recebe ou rejeita a queixa**” [6].

Ressalte-se que, não havendo requerimento da vítima ou de seu representante legal para a instauração do inquérito policial no caso já mencionado acima, e instaurado o procedimento, poderá o delegado de polícia incorrer no crime do art. 30 da Lei 13.869/19, o qual traz a seguinte conduta: “Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente”.

Para tanto, necessária presença de dois requisitos cumulativos: que o delegado de polícia tenha o interesse de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal (art. 1º, §); e a falta de justa causa ou com o conhecimento da inocência do investigado.

Nesta situação em que a vítima manifesta sua autorização ou requerimento inequívoco no próprio corpo da ocorrência policial ou em termo apartado, é recomendável que o delegado de polícia verifique, o quanto antes, a existência de elementos na narrativa que viabilizem a instauração do procedimento, para se evitar qualquer tipo de responsabilização civil, administrativa e criminal.

Lembremos ainda o fato de que ninguém desconhece o atual processo silencioso de sucateamento eloqüente, que inúmeras polícias judiciárias passam no país a fora, indo desde de hipótese de falta de efetivos até a falta de estruturas, viaturas, material bélico e insumos básicos para o bom desempenho de suas atividades.

Com isto, havendo justificativa e motivação da demora para que o procedimento policial de ação penal privada tenha sido instaurado intempestivamente ou sequer instaurado, com prejuízo aos interessados, entende-

se não haver crimes e muito menos infração administrativa-disciplinar do delegado de polícia.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, em infrações penais de menor potencial ofensivo à manifestação/autorização formal inequívoca da vítima é essencial para evitar discussões, diante das divergências, embora segundo a melhor doutrina e jurisprudência não se exija uma forma sacramentada para o exercício em sede da Delegacia de Polícia.

De outro lado, sempre é importante observar que a ausência de justa causa (analogia ao art. 395, incisos II e III¹⁷¹ ambos do CPP) poderá ser exteriorizada pela ausência de manejo de queixa crime pela vítima no prazo decadencial de situação com autoria conhecida ou de manifestação clara (que não deixe margens de dúvidas, com a observação de que não exige uma forma sagrada para o exercício deste direito), alertando que a não observância dessas premissas poderão ensejar às penas do art. 30, da nova Lei de Abuso de Autoridade.

Nestas hipóteses, entendemos que o delegado de polícia, dentro da independência e autonomia funcional gozada em razão do cargo, poderá deixar (justificada e motivadamente) de proceder à instauração de procedimento policial competente, diante de todos os fundamentos expendidos acima, promovendo o arquivamento da ocorrência policial.

REFERÊNCIAS

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **A desnecessidade de Inquéritos Policiais buscarem elementos informativos plenos (ou de provas plenas) em cognição exauriente em contraponto às requisições judiciais e ministeriais.** Tratado Contemporâneo de Polícia Judiciária. p. 86. Umanos Editora, Cuiabá: 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4ª Ed. Salvador. Juspodivm. 2016.

NETO, Francisco Sannini. **Funcionalismo da Investigação Criminal.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75452/funcionalismo-da-investigacao-criminal/1> - acesso em 22.04.2020.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal.** Forense. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** RT. 2008.

TÁVORA, Nestor e OUTRO. **Código de Processo Penal para Concursos**. 4ª edição. 2013. Juspodvm.

NOTAS:

[1] Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009), pós-graduação em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (2011) e pós-graduação em Direito Penal pela Escola Paulista de Magistratura-SP (2014). Também é pós-graduado em Direito Processual Penal pela Escola Paulista de Magistratura-SP (2016). Aprovado no exame 140º da OAB, é ex Delegado de Polícia do Estado do Espírito Santo e atualmente é Delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo. Na área acadêmica atuou como Professor de Direito Penal junto à Anhanguera Educacional, e como professor convidado do Curso Complexo Andreucci de Ensino. É professor concursado da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

[2]LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4ª Ed. Salvador. Juspodivm. 2016. p. 253

[3]NETO, Francisco Sannini. **Funcionalismo da Investigação Criminal**.Disponível em: <<<https://jus.com.br/artigos/75452/funcionalismo-da-investigacao-criminal/1>>>. Acesso em 22.04.2020.

[4] LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **A desnecessidade de Inquéritos Policiais buscarem elementos informativos plenos (ou de provas plenas) em cognição exauriente em contraponto às requisições judiciais e ministeriais**. Tratado Contemporâneo de Polícia Judiciária. p. 86. Umanos Editora, Cuiabá: 2018.

[5] NUCCI. Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. Forense. 2018. p. 225.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. RT. 2008. p. 148.

AULAS POR PLATAFORMAS ONLINE NOS CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

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

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre as aulas por plataformas online nos cursos de pós-graduação em tempos de pandemia (COVID-19). O objetivo é permitir que o processo de ensino-aprendizagem tenha prosseguimento durante o período da pandemia. A legislação trata das disciplinas em andamento com a substituição das disciplinas presenciais por aulas remotas. No caso do início de novas disciplinas e de novos cursos de pós-graduação com aulas remotas por instituições de ensino superior, mas o bom senso aconselha que a educação é um processo contínuo e precisa fazer uso das novas tecnologias para enfrentar os tempos de pandemia.

Palavras-chave: Aulas remotas. Cursos de pós-graduação. Pandemia.

Abstract: This article aims to provide a succinct analysis of classes by online platforms in postgraduate courses in times of pandemic (COVID-19). The objective is to allow the teaching-learning process to continue during the pandemic period. The legislation deals with the subjects in progress with the substitution of the face-to-face subjects with remote classes. In the case of the start of new disciplines and new postgraduate courses with remote classes by higher education institutions, but common sense advises that education is a continuous process and needs to make use of new technologies to face pandemic times.

Keywords: Remote classes. Postgraduate courses. Pandemic.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo proporcionar un análisis sucinto de las clases por plataformas en línea en cursos de posgrado en tiempos de pandemia (COVID-19). El objetivo es permitir que el proceso de enseñanza-aprendizaje continúe durante el período de la pandemia. La legislación aborda los temas en curso con la sustitución de los temas presenciales con clases remotas. En el caso del inicio de nuevas disciplinas y nuevos cursos de posgrado con clases remotas por parte de instituciones de educación superior, pero el sentido común informa que la educación es un proceso continuo y necesita utilizar nuevas tecnologías para enfrentar los tiempos de pandemia.

Palabras clave: Clases remotas. Cursos de postgrado. Pandemia.

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

Introdução

As aulas online fazem parte do ensino ou educação a distância que é uma modalidade de ensino que acontece totalmente ou parcialmente em ambiente virtual, por meio de vídeos, ebooks e outros materiais digitais.

A UNESCO estima que quase um bilhão de alunos em todo o mundo tiveram que ficar em casa por semanas ou meses. Em diversos países, incluindo o Brasil, universidades e escolas transferiram suas aulas para plataformas online. Dado que os estudantes estarão afastados das salas de aula por tempo indeterminado, é fundamental criar estratégias para garantir que eles possam continuar aprendendo de forma saudável e viável durante a crise.

2 Desenvolvimento

As normas editadas adotando procedimentos temporários, no âmbito da educação superior, durante o período de duração da pandemia de Covid-19. As Portarias do MEC nº 343/2020, nº 345/2020 e nº 395/2020 tratam da substituição das aulas presenciais por aulas que utilizem meios e tecnologias de informação e comunicação.

A Portaria CAPES nº 36/2020 trata da suspensão dos prazos para defesa presencial de dissertações e teses e possibilidade de realização de bancas por meio de tecnologias de comunicação à distância e a Medida Provisória nº 934/2020 trata da redução do número mínimo de dias letivos.

As duas primeiras portarias tratam da substituição das disciplinas presenciais, **em andamento**, por aulas remotas. Essa substituição só é aplicável às disciplinas “em andamento” na data da edição na norma, conforme está expresso no artigo 1º da Portaria MEC nº 343/2020 com a redação que lhe foi atribuída pela da Portaria MEC nº 345/2020.

Disciplinas previstas como presenciais na proposta pedagógica curricular e iniciadas posteriormente à data da publicação da Portaria retificadora de 19 de março estão excluídas dessa possibilidade de substituição. A Portaria MEC nº 343/2020 retificada pela Portaria MEC nº 345/2020 e prorrogada pela Portaria MEC nº 395/2020 possui aplicação genérica, para todos os cursos superiores do sistema federal de educação, incluída a Pós-Graduação Stricto Sensu. O texto legal não faz referência a qualquer espécie de curso ou inclui qualquer restrição expressa.

O objetivo é permitir que o processo de ensino-aprendizagem tenha prosseguimento durante o período da pandemia. O prazo original para a substituição das aulas presenciais por aulas remotas, de “até trinta dias, prorrogáveis”, encerrou em 18 de abril, o prazo contado da data da publicação da Portaria MEC nº 345/2020, que modificou o texto da Portaria original. Em 16 de abril foi publicada a Portaria MEC nº 395/2020, cujo conteúdo se restringe a prorrogar, “por mais trinta dias”, o prazo estabelecido no parágrafo 1º do artigo 1º da Portaria nº 343/2020, passando, o prazo de validade da autorização, para substituição das aulas presenciais por aulas remotas, para 18 de maio.

A Portaria do MEC nº 343/2020, ela, no parágrafo 2º do artigo 1º, atribuí às instituições de ensino superior (IES) autonomia na definição das disciplinas nas quais ocorrerá a substituição das aulas presenciais por aulas remotas. Da mesma forma, é de responsabilidade das IES a “disponibilização de ferramentas aos alunos que permitam o acompanhamento dos conteúdos ofertados bem como a realização de avaliações” durante o período em que essa substituição ocorrer. Isso implica que as escolhas recaem integralmente sobre as IES, no exercício de sua autonomia. Da mesma forma, as responsabilidades pelas escolhas adotadas.

A Portaria 343/2020 tem como principais elementos autorizar a substituição das disciplinas presenciais em andamento por aulas que utilizem meios e TICs. Esta substituição inicialmente deveria ocorrer nos limites da Portaria 2117/2019, mas na alteração da Portaria 345/2020 este item foi retirado. O período inicial desta substituição era de trinta dias, mas este foi prorrogado por igual período pela Portaria 395/2020, continuando a se manter conforme orientação do Ministério da Saúde e outros órgãos de saúde.

O período anteriormente estipulado pela Portaria 395/2020, foi novamente prorrogado pela Portaria 473/2020, ela autoriza a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais até dia 15 de junho.

Destaque-se a Medida Provisória 934/2020 retirou a obrigatoriedade de cumprimento dos 200 dias letivos anuais. O prazo para a IES apresentar sua opção era inicialmente de 15 dias, mas a Portaria 395/2020 não orienta sobre como proceder com a prorrogação.

No caso da Pós-Graduação Stricto Sensu é importante destacar, ainda, a Portaria CAPES nº 36/2020. Essa Portaria contém um conjunto de recomendações que pode ser apresentado da seguinte forma: suspensão, por sessenta dias até 19 de maio de 2020, dos prazos de defesa presencial de dissertações e teses; possibilidade dessas defesas ocorrerem com a utilização de tecnologias de comunicação à

distância, quando admissíveis pelos respectivos Programas e nos termos da sua regulamentação pelo MEC; recomendação, às IES que não possuem previsão de defesas não presenciais em seus Programas, que adotem, em caráter excepcional, as providências necessárias para viabilizá-las.

O Art. 207 da Constituição confere às universidades “autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”. A autonomia universitária consiste em garantias mínimas para a autogestão dos assuntos pertinentes à atuação da Universidade no desempenho das atividades de ensino, pesquisa e extensão.

Como a educação muda o mundo. A educação é uma arma poderosa. Através dela, um cidadão se torna mais crítico, tem mais oportunidades de emprego e melhoria na sua própria qualidade de vida. A importância de aprender para si mesmo é compartilhar os conhecimentos com os outros.

A utilização de equipamentos como computadores conectados à internet e as diversas ferramentas disponíveis, como textos, vídeos e imagens, tudo hiperconectado em único lugar, é uma ótima opção para prender a atenção dos alunos.

Conclusão

No caso de disciplinas novas e início de novos cursos de pós-graduação permanecendo a vigência dos decretos de isolamento social e tomando-se por base que o processo de ensino-aprendizagem precisa prosseguir durante o período da pandemia (COVID-19) não restará outro caminho para as instituições de ensino superior que não seja a adoção de aulas por plataformas online tomando-se por base legal a autonomia dessas instituições e que interromper o processo educacional trariam prejuízos irrecuperáveis.

Atualmente não existe normas que tratem do início de novas disciplinas e de novos cursos de pós-graduação com aulas remotas por instituições de ensino superior, mas o bom senso aconselha que a educação é um processo contínuo e precisa fazer uso das novas tecnologias para enfrentar os tempos de pandemia e a sequência do processo educacional.

Referências bibliográficas

ZABALLA, Vidiella Antoni. **A prática educativa**: como ensinar. Porto alegre: Artmed, 1998.

PORTARIA Nº 343, DE 17 DE MARÇO DE 2020 -
<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>

PORTARIA MEC Nº 345, DE 19 DE MARÇO DE 2020 -
<https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Portaria-mec-345-2020-03-19.pdf>

PORTARIA Nº 395, DE 16 DE MARÇO DE 2020 -
<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-395-de-16-de-marco-de-2020-estabelece-recurso-do-bloco-de-custeio-das-aco-es-e-servicos-publicos-de-saude-grupo-de-atencao-de-media-e-alta-complexidade-mac-a-ser-disponibilizado-aos-estados-e-distrito-federal-destinados-as-aco-es-de-saude-para-o->

PORTARIA Nº 36, DE 19 DE MARÇO DE 2020 - <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-36-de-19-de-marco-de-2020-249026197>

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 934, DE 1º DE ABRIL DE 2020 -
<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-934-de-1-de-abril-de-2020-250710591>

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 -
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

O IMPACTO DO COVID-19 NO DIREITO TRIBUTÁRIO

RICARDO VALE DA SILVA:

Bacharelado pela Universidade
Luterana de Manaus (ULBRA)

INGO DIETER PIETZSCH²

(orientador)

RESUMO: O objetivo do presente artigo é analisar o impacto que a covid-19 trouxe no direito tributário, como também evidenciar as medidas adotadas pelo governo com intuito de frear este impacto tributário na economia. A pandemia do coronavírus fez com que muitos governantes tomassem medidas de urgência para reduzir o número de infectados no mundo, no Brasil não fora diferente, o isolamento social foi a opção mais rápida, com isso a atividade econômica de boa parte do comércio teve que fechar as portas, causando atualmente grande preocupação na economia, por este motivo é necessário trazer em pauta os impactos que a pandemia trouxe a matéria tributária, evidencia as medidas adotadas pelo governo para ajudar os empreendedores. A metodologia adotada neste trabalho se deu pelo uso da técnica de pesquisa bibliográfica, para isso, foi necessário fazer o levantamento de bibliografias já tornadas públicas no que tange ao tema de estudo, ou seja, publicações autônomas, boletins jornais, doutrinas, jurisprudências, resoluções, artigos científicos, artigos jornalísticos, legislação extravagante, sites, trabalhos de conclusão de curso para o melhor entendimento.

Palavras – chave: Impactos, direito tributário, covid-19, economia.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the impact that covid-19 brought on tax law, as well as to highlight the measures adopted by the government in order to curb this tax impact on the economy. The coronavirus pandemic caused many government officials to take urgent measures to reduce the number of infected people in the world, in Brazil it was no different, social isolation was the fastest option, with that the economic activity of a good part of the trade had to close the doors, currently causing great concern in the economy, for this reason it is necessary to bring on the agenda the impacts that the pandemic brought on tax matters, highlights the measures adopted by the government to help entrepreneurs. The methodology adopted in this work was the use of the bibliographic research

²Professor orientador do Trabalho de Conclusão de Curso em Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus– Advogado. E-mail: ingo.pietzsch@ulbra.br.

technique, for that, it was necessary to survey bibliographies already made public with regard to the subject of study, that is, autonomous publications, newspaper bulletins, doctrines, jurisprudence, resolutions, scientific articles, journalistic articles, extravagant legislation, websites, conclusion papers for the best understanding.

Keywords: Impacts, tax law, covid-19, economy.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito Tributário e seu conceito. 3. HISTÓRICO DO DIREITO TRIBUTÁRIO. 4. PLANEJAMENTO E GESTÃO TRIBUTÁRIA 5. OS IMPACTOS DA COVID-19 NO DIREITO TRIBUTÁRIO. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em uma era modernizada, onde as pessoas eram livres para viajar, para passear em shopping, comprar produtos de outros países, até mesmo visitar parentes, poder trabalhar e vender seus produtos, onde muitos adquirem seus sustentos em seus grandes e pequenos negócios, sofreram um abalo quando surgiu uma pandemia mundial de tamanho imensurável, obrigando-os a todos os países adotarem medidas para frear um impacto maior de contaminados, ou seja, o isolamento social.

Acontece que nos meses de março e abril foram decisivos para os Estados do Brasil decretarem o isolamento social, e muitas empresas, comércios e etc... fecharem as portas por tempo indeterminado, até a pandemia ser controlada, funcionando apenas atividades essenciais, como: drogarias, hospitais, supermercados, posto de gasolina, padarias e etc... Contudo, boa parte do giro de comércio no Brasil e tributação se dar por ser salões de beleza, lojas de roupas, fast-food, cinemas, academias, praças de alimentação, bares, casas de shows, eventos (casamentos, aniversários), ainda para pior mais a situação fronteira de diversos países fora fechada, passagens de avião canceladas, cidades principalmente aquelas que vivem do turismo, pararam, portanto, a economia em diversos setores interrompeu, deixando estes empreendedores de obter lucro com seu negócio, e acarretando dificuldade financeira, como consequência alguns fecham as portas definitivamente por não poder pagar as despesas fixas e variáveis, funcionários, e principalmente deixam de pagar tributos, sendo assim o impacto da pandemia no direito tributário é o grande questionamento.

O Governo Federal preparou um pacote emergencial de medidas objetivando reduzir os impactos negativos do Coronavírus, incrementar o sistema de saúde e estimular a economia. Desse modo, o objetivo deste trabalho é analisar quais medidas o governo federal tem adotado para frear um impacto negativo na economia. Portanto, a priori iremos analisar o direito tributário e seu conceito,

entendendo de forma breve a respeito de seu histórico e evolução. A seguir trataremos sobre o planejamento e gestão tributária, e por fim, analisaremos acerca dos impactos trazidos pela pandemia no direito tributário e as medidas adotadas pelo governo federal. A metodologia adotada foi de levantamento bibliográfico por meio de livros, sites, artigos online e etc.

2. O Direito Tributário e seu conceito

De acordo com Sabbag (2012, p. 30) “O Estado precisa, em seu exercício financeira, compreender recursos materiais para preservar sua organização, proporcionando ao cidadão-contribuinte os serviços que lhe incumbe, como autêntico provedor das obrigações coletivas”.

Sendo assim, o Estado precisa de uma matéria que exerça a atividade financeira, com objetivo de compreender e também preservar os patrimônios. Além do mais, a cobrança de tributos é a principal fonte de “renda” pública de um país. Para Sabbag (2012, p. 30) as cobranças de tributo estão “voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais, insertos no art. 3º da Constituição Federal”, que preleciona que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sendo assim, surge daí uma necessidade no que tange a positivação de regras, o que se dá por intermédio da ciência jurídica intitulada Direito Tributário, também chamado de Direito Fiscal.

Desta forma, para Sabbag (2012, p. 31) “O Direito Tributário é ramificação autônoma da Ciência Jurídica, atrelada ao direito público, concentrando o plexo de relações jurídicas que imantam o elo “Estado versus contribuinte”, na atividade financeira do Estado, quanto à instituição, fiscalização e arrecadação de tributos”. Ocorre que o Direito Tributário é uma interpretação de forma positiva da ciência

jurídica que abrange o grupo de normas e princípios jurídicos, por intermédios das convivências intersubjetivas na necessidade tributária, no qual os elementos são as partes, a prestação e o laços jurídicos.

No que tange a esses laços, de acordo com Eduardo Sabbag preleciona que:

“As partes destacam-se como o ente público estatal, de um lado, e o contribuinte, de outro. O objeto é a obrigação em si, que pode consistir numa obrigação de dar, de cunho patrimonial, ou numa obrigação de fazer ou não fazer, de cunho instrumental” (SABBAG, 2012, p. 31).

Portanto, à luz do que preleciona Amaro (2018, p. 2) o Direito Tributário “é a disciplina jurídica dos tributos, com o que se abrange todo o conjunto de princípios e normas reguladores da criação, fiscalização e arrecadação das prestações de natureza tributária”.

Sendo assim, por ora, urge mencionar que tal relação jurídica é divulgar, sobressaindo, para Sabbag (2016, p. 31) existe dois polos o ativo e o passivo:

- (I) no polo ativo (credor), os entes tributantes ou pessoas jurídicas direito público interno, também conhecidos por Fiscos – a União, os Estados - membros, os Municípios e o Distrito Federal. Curiosamente, o “fisco”, no Império Romano, era um cesto de junco, utilizado pelos soldados romanos para a arrecadação de tributos;
- (II) no polo passivo (devedor), o contribuinte (ou o responsável), representado pelas pessoas físicas ou jurídicas.

É oportuno mencionar, ad argumentandum, que o Direito Tributário visa projetar o contribuinte e o Fisco em uma mesma plataforma de igualdade, à qual se aplica, isonomicamente, a lei, trazendo a segurança que imantará o elo jurídico. Daí se ouvir falar que uma dada norma teria sido emitida “pró -fisco” ou, inversamente, “pró -contribuinte”, uma vez propensa a desestabilizar para um lado, em detrimento do outro, o equilíbrio da relação.

Sendo assim, o Direito Tributário nada mais é que é uma área do direito que se dispõe ao estudo jurídico da tributação, não diligenciando empenhos no rumo efetivo, como da aplicação ou gerenciamento desses recursos. No entanto, para entender mais um pouco sobre o Direito Tributário e sua importância, veremos um pouco sobre o histórico do Direito Tributário.

3. HISTÓRICO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Para Matos (2007, online) “o direito tributário teve seu desenvolvimento de forma lenta, assim como outros ramos do direito, ocorre que o surgimento do direito tributário se deu com a evolução da sociedade humana, aí viu-se a necessidade de criar uma espécie de fundo financeiro”. Contudo, esse denominado de fundo financeiro tinha como objetivo guardar as contribuições do povo, para que mais à frente poder sanar as necessidades coletivas. Sendo assim, ao longo dos anos o direito tributário foi assumindo diversas formas, conforme a sociedade evoluía o direito tributário também evoluía.

De acordo com Matos (2007, online) a evolução do direito tributário se deu pelas “contribuições compulsórias pelos costumes e mais tarde pela lei”. As contribuições tributárias em uma época bem distante eram pagas pela força braçal, ou seja, por serviços de mão de obra, conforme a sociedade ia se desenvolvendo, até chegar em espécie em direito. Antigamente aqueles que não contribuía pagavam com suas vidas, tornando-se futuramente obrigatórias por lei.

Para Maria Lúcia Bastos Saraiva Matos, no que tange ao Direito Tributário:

Observando a época do descobrimento do Brasil, existia um denominado direito pátrio, que também era conhecido como importação, onde eram impostos dados ao colonizado, isto posto, o que ocorreu foi a introdução da organização jurídica portuguesa no Brasil. Sendo assim, o Brasil apenas adquiriu seu próprio direito logo após a proclamação da independência, depois do ano de 1822 (MATOS, 2007, online)

O primeiro tributo a ser cobrado no Brasil, foi chamado de o “quinto do pau-Brasil”, de acordo com Matos (2007, online), esta espécie de tributo era “pago à coroa caso houvesse descoberta de tesouros, ou qualquer outro bem achado no Brasil”. O nome desse tributo se dava “quinto do pau-Brasil” porque como a moeda de Portugal não havia sido aceita no país, todos os tributos eram pagos com madeira da árvore do Pau-Brasil. Ainda de acordo com o autor Matos (2007, online) “A arrecadação, bem como a fiscalização dos tributos eram feitos pelos servidores especiais da coroa, em terras brasileiras, denominados de “rendeiros” e seus auxiliares”.

Alguns anos mais à frente, segundo Matos (2007, online) com a vinda do chamado governo geral, o mesmo criou uma espécie de cargo de administração pública, denominado de “Provedor-Mor da Real Fazenda, em que incumbia a

superintendência e fiscalização dos negócios da Real Fazenda, como também zelar pela arrecadação do dinheiro público”.

Sendo assim, no que tangia a parte tributaria daquela época, a mesma era dividida em duas espécies, sendo elas: tributos ordinários e extraordinários. De acordo com Matos (2007, online) na categoria de tributos ordinários relacionava-se: “rendas da Real Fazenda (cobrado pelo monopólio do comércio, direitos das alfândegas, quinto dos metais e pedras e a dízima), rendas do Governo-Geral (cobrado pelo monopólio de quaisquer engenhos, direitos de passagem dos rios, direitos dos escravos, quinto do pau-brasil, especiarias e drogas) ”.

No que tange aos tributos extraordinários segundo a autora Matos (2007, online) classificam-se como: “as derramas, fintas e contribuições”. Os tributos de deste modo prosseguiam a ser cobrados pelos rendeiros, que tinham poderes até para prender o pagante que atrasava as suas obrigações fiscais. A moeda ainda não era usada no pagamento dos tributos que permaneciam sendo quitados com a mão de obra, sendo assim, um sistema tributário ou organização fiscal quase não existiam.

Desta forma, de acordo com Matos (2007, online) no ano de “1762 foi nomeado Vice-Rei do Brasil o General Gomes Freire de Andrade, este governo deu continuidade à forma de exigir os tributos, destacando-se apenas a criação de alguns novos como: o subsídio literário, o mestrado das ordens militares, direitos da pólvora estrangeira, subsídios do açúcar, do algodão e do tabaco em pó, além de imposto sobre o ouro, botequins, tabernas e aguardente”.

No ano de 1824, mais precisamente em março daquele ano, surge a primeira Constituição, que era uma constituição diferenciada, uma vez que se tratava de uma constituição do império do Brasil, de acordo com Matos (2007, online) “O Brasil passava a ser chamado império, nação livre e independente com seu território dividido em províncias, com governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo”. A referida Carta Magna garantiu direitos civis e políticos, um artigo aproveitado desta primeira constituição foi o de que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, também que nenhuma disposição legal poderia ter efeito retroativo e que deveria ser igual para todos” (MATOS, 2007, online).

No que tange ao direito tributário, ele foi consagrado na Constituição como ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado, de acordo com Maria Lúcia Bastos Saraiva Matos:

A iniciativa sobre impostos era privativa da Câmara dos Deputados, que as contribuições diretas seriam estabelecidas

anualmente pela Assembléia Geral, o Tesouro Nacional administraria a área e cuidaria da arrecadação e contabilidade, cada província teria a sua Assembléia Legislativa para legislar sobre a repartição da contribuição direta pelos municípios, bem como a fiscalização do uso das suas rendas (MATOS, 2007, online).

Em 1842, na época do segundo império, foram criadas novas normas que legislavam sobre os tributos, como também criou novos impostos, foi nesta época que surgiu o atual IR (Imposto de Renda). De acordo com Matos (2007, online) explica que as principais mudanças trazidas por essa nova regulamentação se destacou “a reformulação das tarifas aduaneiras, a alteração do sistema de contabilização do Tesouro, a adoção do exercício financeiro em detrimento do ano civil, no que se refere a tributos”.

De acordo com Varsano (1996, p.12), “o sistema tributário criado pela Constituição de 1988, foi elaborada através de um processo que tinha participação de diversos políticos daquela época”. Sendo assim, a constituição federal de 1988, trouxe em pauta os assuntos da tributação no Brasil, e com a Emenda Constitucional nº 23 de 1983, que mudou diversos dispositivos relativos à matéria tributária, assim como, concedeu uma divisão igualitária das arrecadações de impostos para os entes federados.

4. PLANEJAMENTO E GESTÃO TRIBUTÁRIA

De acordo com o Portal Tributário (2016, online) conceitua como planejamento tributário sendo “um conjunto de sistemas legais que visam diminuir o pagamento de tributos”. Portanto, o contribuinte tem a liberdade de organizar o seu negócio da maneira que melhor lhe pareça, buscando a diminuição dos custos de seu negócio, como também dos impostos. Sendo assim, se a forma celebrada é jurídica e lícita, a fazenda pública deve respeitá-la.

Desta forma, o objetivo do planejamento tributário é a diminuição da carga tributária incidente nas funções dos contribuintes. No entanto, para que tenha êxito nas execuções desta carga tributária, o contribuinte deve antes de efetuar um conjunto de estudos que contarão como pilar para o desenvolvimento desse planejamento tributário.

O estudo para iniciar o planejamento tributário tem diferenciação de acordo com a atividade que é desenvolvida na empresa, portanto, cada planejamento possui sua forma de estudo distinto. Desta forma, são estes os elementos que caracterizam o planejamento. De acordo com Caio Orsini (2016, p. 04) são:

“A interpretação da lei quanto a hipótese de incidência dos tributos, ou seja, a situação abstrata apresenta na lei; A aplicação da hipótese ao caso concreto, em outras palavras, a fato gerador; O gerenciamento do planejamento; O acompanhamento do mesmo ao longo de sua execução; A defesa prévia e os riscos envolvidos na mesma quanto ao montante que se pretende economizar”.

Essas características direcionam o profissional, a associar, relativamente para cada caso que foi mencionado acima com o intuito de planejamento tributário. Entendendo que todos acontecem ao mesmo momento, sendo assim as características citadas, neste caso: a) impedir a incidência do fato gerador do tributo; b) adiar o pagamento do tributo de modo a não provocar incidência de contingências fiscais; c) diminuir o montante, a alíquota ou a base de cálculo do tributo.

Deste modo, caracteriza-se que o planejamento tributário tem como finalidade um longo processo de gestão tributária, achando-se esse último o processo de gerenciamento dos conceitos tributários de uma empresa que tende de controlar as atividades particularmente direcionadas aos tributos.

Tem que se ser esclarecido que no processo de administração tributária tem que alcançar todos os departamentos induzem a produção de rotinas fiscais, no que tange a responsabilidade sobre o departamento de apuração de impostos da empresa. Sendo assim, a preocupação em excesso nos departamentos de planejamento tributário é bem comum, o que pode acarretar em um elevado índice de falhas no processo.

Como diz a própria nomenclatura, a gestão tributária intenciona amoldamento, planejamento e revisão dos processos, isto é, objetiva a administração, o controle, e não somente a execução das atividades. Sendo assim, no que tange a auditoria tributária, o processo constitui-se em: a) retificar erros de interpretação das obrigações tributárias e de execução das rotinas fiscais da empresa; b) desviar-se de contingências fiscais e pagamento indevido de tributos; c) averiguar e implantar meios lícitos de economia tributária.

Ocorre que antes da pandemia de 2020, denominada de COVID-19, a gestão de tributos eram feitas de forma normal, tendo as empresas renda para adimplir com seus tributos, ocorre que emergiu de forma rápida e avassalador um vírus que desencadeou uma doença mortal para população no mundo todo, onde diversos comércios e empresas foram obrigados a fechar as portas, com objetivo de conter o avanço do vírus, contudo, com as portas fechadas, a mão de obra definitivamente

parou, no entanto, isso não é tudo, as fronteiras cujo as exportações e importações também pausaram, criando assim um ambiente de caos econômico, uma vez que é necessário produzir e vender os produtos, portanto, não tendo demanda, não existe dinheiro arrecadado, não arrecadando dinheiro, não há possibilidade de pagar os devidos tributos.

Por conta disso, existe uma lacuna a ser sanada, uma vez urge a preocupação de quais são os impactos da COVID – 19 no direito tributário no Brasil.

5. OS IMPACTOS DA COVID-19 NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Devido a atual situação mundial, onde uma pandemia chamada de coronavírus (COVID-19), fez com que os Governos busquem, através de medidas legais, diminuir o impacto negativo na economia nacional. No Brasil o governo federal propôs a adotar várias medidas fiscais, tendo como objetivo, beneficiar os contribuintes, objetivando diminuir os efeitos econômicos ocasionados pela pandemia.

Acontece que a crise trazida pelo coronavírus (COVID – 19) tem instigado medo nas pessoas, uma vez que o decretamento do isolamento social afim de frear o avanço de contaminados, fez que com atividades em setores importantes para a economia parasse. Ocorre que pesquisas apontam que em mais de 100 países segundo à Organização Mundial de Saúde (OMS) possuem casos do covid-19.

De acordo com Comunicação - Marketing Mackenzie (2020, online) “no mundo todo, segundo a organização, mais de 100 mil pessoas já foram diagnosticadas e 3,8 mil morreram em decorrência da doença. No Brasil, mais de 300 casos foram confirmados, duas mortes confirmadas”. Esses dados são de março de 2020, estamos no mês de junho de 2020, acontece que três meses depois somente o Brasil, o número de casos ultrapassa a 1 milhão de infectados pela covid-19, e no mundo todo a dimensão é gigantesca.

Ocorre que como já foi relatado mais acima, com intuito de frear o avanço de tal vírus, foi adotado medidas de urgência, uma delas o isolamento social e a parada das atividades em diversos setores comerciais e industriais, funcionando apenas serviços essenciais, como: supermercados, drogarias, posto de combustível e etc... Por conta disso, muitos empresários tiveram suas rendas mensais reduzidas, principalmente o micro e pequenos empreendedores.

Em consequência disso, com a renda reduzida fica quase impossível manter as contas em dia, principalmente pagar os tributos, sendo urge uma grande questão

no que tange aos impactos da pandemia no direito tributário e como o Estado tem agido para solucionar tais problemas.

Sendo assim, o Ministério da Economia foi obrigado a adotar medidas de urgência para tanto do empresário como o Estado não sinta com tanta força o impacto que a pandemia vai deixar, posto isto, de acordo com Mascitto e Fernandes (2020, texto virtual) no contexto executivo foi autorizado através de uma “Portaria nº 103, de 17/03/2020, e baseado na MP do contribuinte legal (MP nº 899/2019), que a Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN) sancionasse providências para suspender os atos de cobrança de tributos e possibilitar a renegociação das dívidas dos contribuintes”.

A referida Portaria traz alguns benefícios, dentre eles de acordo com Andréa Mascitto e André Luiz Fonseca Fernandes:

- (i)** do pagamento de entrada (dividida em até 3 vezes) do correspondente a 1% do total dos débitos transacionados e parcelamento do saldo remanescente em até 81 vezes para pessoas jurídicas (exceção feita às contribuições sociais, que poderão ser parceladas em até 57 meses) ou 97 meses para pessoas físicas, empresário individual, microempresas e empresas de pequeno porte contados do último dia útil do mês de junho de 2020;
- (ii)** de pagamento de parcela mínima de R\$ 500,00 para pessoas jurídicas e R\$ 100,00 para pessoas físicas, empresário individual, microempresas e empresas de pequeno porte;
- (iii)** desistência comprovada de ações, impugnações, recursos ou eventuais parcelamentos relativos aos débitos transacionados, no prazo de 60 dias contados do último dia útil do mês de junho de 2020;
- (iv)** manutenção automática de gravames (facultado requerimento de alienação por iniciativa do particular no caso de bens penhorados ou oferecidos em garantia de execução fiscal); e
- (v)** não caracterização de nenhuma das hipóteses de rescisão previstas na Portaria PGFN nº 11.956/19 (MASCITTO E FERNANDES, 2020, texto virtual).

Á vista disso, a portaria intenciona ao máximo assistir os empresários que encontram em dificuldade financeira por conta da pandemia, sendo em dividir em várias parcelas as dívidas, ou estipular um valor mínimo de contribuição, ocorre que estes são se dão pelo fato que de que o governo não quer que o empresário entre em falência, uma vez que caso isso ocorro quem sai perdendo é o próprio Estado que deixa de recolher milhares de impostos.

Ademais, outro benefício trazido é a suspensão por 90 dias dos prazos para impugnações e recursos no procedimento administrativo de reconhecimento de responsabilidade (PARR), de que trata a Portaria PGFN nº 948/17; assim como a instauração de novos PARR, outras suspensões de prazos de acordo com Mascitto e André Luiz Fonseca Fernandes seriam também:

Os prazos para manifestação de inconformidade e recurso em processo de exclusão do programa especial de regularização tributária (PERT); os prazos para garantia antecipada e pedido de revisão de dívida inscrita (PRDI) ou recursos e a apresentação a protesto de Certidões da dívida ativa e a exclusão de contribuintes de parcelamentos administrados pela PGFN por inadimplemento de parcelas (MASCITTO E FERNANDES, 2020, texto virtual).

Observa-se que essas medidas se apoiam na transação, método auto compositivo para solução de controvérsias tributárias entre Fisco e contribuintes, que foi regulamentado no Brasil pela MP do contribuinte legal após mais de 50 anos de vigência do Código Tributário Nacional (CTN).

Dando continuidade à assistência das medidas tributárias ao combate à crise econômica causada pela pandemia da COVID - 19, vejamos abaixo a Portaria Ministerial 139/20 que prorroga os seguintes prazo de recolhimento de tais tributos federais:

TRIBUTOS	COMPETÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO ORIGINAL	DATA DE VENCIMENTO POSTERGADA
INSS parte empresa (20% + SAT)	03/2020	20/04/2020	20/08/2020
INSS parte empresa (20% + SAT)	04/2020	20/05/2020	20/10/2020
PIS / CONFINS	03/2020	25/04/2020	25/08/2020
INSS parte empresa (20% + SAT)	04/2020	25/05/2020	25/10/2020

Fonte: Migalhas, 2020.

Sendo assim, a Portaria nº 139, de 21 de março de 2020, determina as diretrizes quanto à execução de trabalho remoto para o Ministério do Meio Ambiente e suas entidades vinculadas, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Ou seja, o recolhimento do INSS, PIS E CONFINS foram estendidos por mais 5 a 7 meses.

Outra providência de extrema importância é a Medida Provisória 927/20, que de acordo com Sampaio (2020, online) "preleciona sobre as medidas trabalhistas que poderão ser determinadas pelos empregadores para o enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (covid-19), com efeitos válidos até o dia 31/12/20".

No que tange as providências de efeitos tributários, evidenciam o diferimento do recolhimento do FGTS no que tange às competências de março, abril e maio de 2020, no qual a exigibilidade ficará suspensa, e quando tudo voltar à normalidade, poderá ser quitada em até 6 parcelas mensais, tendo início em julho de 2020, sem a aplicação de multa e juros. Segundo Sampaio (2020, online) "o empregador fica, assim, obrigado a declarar as informações até 20/06/2020 e, caso haja demissão do empregado deve recolher os valores correspondentes, cessando-se a suspensão".

Outra previsão da referida medida provisória, conforme traz Sampaio (2020, online) é a suspensão da "contagem do prazo prescricional dos débitos relativos a contribuições ao FGTS pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias e a prorrogação do prazo de validade dos certificados de regularidade do FGTS por 90 (noventa) dias".

É nítido que no que tange a área trabalhista o governo federal, tem-se preocupado, por este motivo a Medida Provisória “não afasta a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições previdenciárias, ainda que sejam adotadas medidas como o teletrabalho, a antecipação de férias individuais e a concessão de férias coletivas” (SAMPAIO, 2020, online).

De acordo com o Decreto 10.285/20 este diminuiu temporariamente a zero por cento as alíquotas do IPI incidentes sobre diversos produtos que contribuem no combate ao coronavírus (COVID-19), como, por exemplo, álcool, máscaras e vestuários de proteção. Já o Decreto 10.302/20 deominuiu temporariamente a zero as alíquotas do IPI relacionadas sobre diversos produtos que ajudam no combate ao coronavírus (COVID-19), como por exemplo: artigos de laboratório ou de farmácia; luvas, mitenes e semelhantes, exceto para cirurgia e termômetros clínicos.

É importante ressaltar, como os Estados e Municípios possuem autonomia para legislar, algumas medidas autônomas foram adotadas, exemplo disso foi o Estado de Minas Gerais que elaborou o Decreto 47.898, de 25 de março de 2020, que tem como objetivo de acordo com Maria Carolina Torres Sampaio, o seguinte:

- a) prorrogou por noventa dias a validade das Certidões de Débitos Tributários – CDT – negativas e positivas com efeitos de negativas, emitidas de 1º de janeiro de 2020 até 26 de março de 2020;
- b) suspendeu por noventa dias, salvo para evitar prescrição, o encaminhamento dos Processos Tributários Administrativos – PTA – para inscrição em dívida ativa, bem como a cientificação a contribuinte do encerramento do procedimento exploratório a que se refere o inciso III do art. 67 do Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008, que estabelece o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, salvo para evitar decadência;
- c) determinou que os prazos fixados para o recolhimento dos seguintes tributos apenas vencem em dia de expediente na rede bancária onde deva ser efetuado o pagamento: ICMS; Taxas Estaduais; Taxa Florestal; Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental do Estado de Minas Gerais; Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias; e
- d) estabeleceu que o regime especial de que trata o inciso III do caput do art. 627 do Anexo IX do RICMS (ao prestador de

serviço de transporte rodoviário público de passageiros) terá sua vigência prorrogada para até o último dia do primeiro mês subsequente ao do término do estado de calamidade pública, independentemente de requerimento do detentor do regime (SAMPAIO, 2020, ONLINE).

Outro estado que também elaborou algumas medidas foi São Paulo através da Portaria SubG – CTF-2, de 19 de março de 2020, da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo previu a suspensão, por noventa dias, de todos os novos protestos de certidões de dívida ativa. Outro estado tem adotados ações que possam ajudar o direito tributário, e também sair desta pandemia sem sofrer tanto a economia.

Sendo assim, os efeitos negativos que a pandemia do coronavírus vai deixar é irreversível, o que pode ser feito é adotar medidas para que a economia não sofra tanto quando tudo voltar ao normal.

6. CONCLUSÃO

Não é novidade que o Brasil tem uma das maiores cargas tributárias fiscais do mundo, em média 33% do lucro empresarial. Essa elevada carga tributária intervém no resultado econômico das empresas, dificultando o crescimento das empresas no país, e fazendo com que muitas empresas fechem as portas, dando prejuízo não somente pela falta de contribuição tributária, mas como também na redução de empregos.

A pandemia do novo coronavírus mostrou que um país deve estar sempre atento a qualquer emergência que possa enfrentar. As consequências que um país desorganizado são irreparáveis. Portanto, é preciso de que medidas sejam muito bem pensadas e adotadas, uma vez que não é somente o empreendedor que sofrerá, mas o Estado, uma vez que a empresa deixando de contribuir, o Estado deixa de receber.

6. REFERÊNCIAS

Andréa Mascitto e André Luiz Fonseca Fernandes. **Medidas para mitigar os impactos do coronavírus na economia.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/medidas-para-mitigar-os-impactos-do-coronavirus-na-economia-20032020>. Acesso em: maio de 2020.

BREYNER, Frederico Menezes. **Com o coronavírus, temos um Direito Tributário de (em) crise?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-10/menezes-breyner-direito-tributario-crise>. Acesso em: Maio de 2020.

DIÁRIO OFICIAL. **PORTARIA Nº 139, DE 21 DE MARÇO DE 2020.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-139-de-21-de-marco-de-2020-249098502>. Acesso em: maio de 2020.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **PORTARIA Nº 7.820, DE 18 DE MARÇO DE 2020.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-7.820-de-18-de-marco-de-2020-248644104>. Acesso em: maio de 2020.

DELFINO, Sávio Luiz Santos. **O que a covid-19 causou ao cenário tributário do país até o momento?** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324139/o-que-a-covid-19-causou-ao-cenario-tributario-do-pais-ate-o-momento>. Acesso em: maio/2020.

MATOS, Maria Lúcia Bastos Saraiva. **A evolução histórica do Direito Tributário.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3931/A-evolucao-historica-do-Direito-Tributario>. Acesso em: Maio de 2020.

Sabbag, Eduardo. **Manual de direito tributário** / Eduardo Sabbag. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

Sabbag, Eduardo. **Direito tributário I** / Eduardo Sabbag. – São Paulo : Saraiva, 2012.

Impactos tributários do COVID-19 (“Coronavírus”) em empresas e pessoas físicas. Ivana Ribeiro de Souza Marcon Publicado em: 18 de março de 2020.

Sampaio, Maria Carolina Torres. **Impactos Tributários do Coronavírus (covid-19).** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324181/impactos-tributarios-do-coronavirus-covid-19>. Acesso em: maio de 2020.

DIREITO TRIBUTÁRIO: DA AQUISIÇÃO À ALIENAÇÃO IMOBILIÁRIA

HERVAL FORNY: ADVOGADO, com especialização em Direito Penal e Processual Penal (UNESA); Direito Imobiliário (UCAM); e Direito Notarial e Registral (UCAM)

JOSE FERREIRA LOPES
(orientador)

RESUMO: A presente monografia foi elaborada como trabalho de conclusão do curso de especialização em Direito imobiliário. Apresenta aos leitores de forma não rebuscada, noções gerais de Direito tributário e especificamente, os tributos relacionados com as transações imobiliárias, apresentando ainda hipóteses de não incidência, imunidades, isenções e suspensão de pagamento de tributos, que podem auxiliar nas transações imobiliárias.

PALAVRAS CHAVES: Imóveis; tributos, não incidência; isenção

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOÇÕES DE DIREITO TRIBUTÁRIO. 2.1. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. 2.2. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. 2.3. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. 2.4. FATO GERADOR. 2.5. SUJEITO ATIVO E PASSIVO. 2.6. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 2.7. LANÇAMENTO. 2.8. MODALIDADES DE LANÇAMENTO. 2.8.1. Por declaração. 2.8.2. De ofício. 2.8.3. Por homologação. 2.9. MODALIDADES DE SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 2.10. MODALIDADES DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 2.11. MEIOS DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 2.12. DÍVIDA ATIVA. 2.13. EXECUÇÃO FISCAL. 2.14. ESPÉCIES DE TRIBUTOS. 3. TRIBUTOS IMOBILIÁRIOS. 3.1. BASE LEGAL. 3.2. TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 3.3. TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL. 3.4. TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL. 3.5. TRIBUTOS INCIDENTES NAS TRANSAÇÕES IMOBILIÁRIAS. 3.5.1. Compra e venda. 3.5.2. Doação ou herança. 3.5.3. Manutenção da propriedade. 3.6. IMUNIDADES, ISENÇÕES, NÃO INCIDÊNCIA NO DIREITO IMOBILIÁRIO. 3.6.1. ITBI. 3.6.2. IR. 3.6.3. ITD. 3.6.4. IPTU. 3.6.5. ITR. 3.7. TEMAS ATUAIS. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia é apresentada como trabalho de conclusão de curso da pós-graduação em Direito Imobiliário.

Ao mesmo tempo em que ela tem por finalidade apurar e consolidar o conhecimento adquirido pelo aluno ao longo do curso, ela serve de referência para

o leitor que não é familiarizado com o tema, ou ainda, para o profissional do Direito que deseja ter uma fonte de consulta de forma compilada em um único material.

Por este motivo, pretende-se ser escrito em linguagem que permita o entendimento de um maior número de leitores.

O direito não é uma Ciência Exata, é classificado como pertencente às Ciências Humanas, a qual estuda o Homem como indivíduo e ser social.[1]

Em razão destas colocações, pode-se ter decisões distintas em fatos semelhantes ou mesmo entender-se um fato à luz de uma determinada legislação, e quando é analisado sob o prisma de outra legislação, ter-se outro entendimento.

Diante desses argumentos, foi concebido o presente trabalho, de forma a integrar os ramos do Direito Imobiliário e Tributário.

Inicialmente, pretende-se trazer à colação alguns institutos do Direito Tributário, por serem necessários para o entendimento do trabalho.

Na segunda parte, serão apresentados os tributos relacionados às transações imobiliárias propriamente ditas. Informando quais são os tributos devidos, quais os entes competentes pela instituição e cobrança dos mesmos, quem são os contribuintes dos impostos, entre outros assuntos.

Serão relacionadas as hipóteses de imunidades, isenções, não incidências e suspensão do pagamento dos aludidos tributos.

Finalizando, serão abordados os assuntos atuais relativos ao tema.

2.NOÇÕES DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Esse capítulo tem por finalidade apresentar ao leitor alguns institutos do direito tributário, que são importantes para o correto entendimento do tema do presente trabalho.

2.1 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

Em linhas gerais, hipótese de incidência (HI) é toda situação descrita em lei e passível de ser tributada. Somente uma lei (ordinária ou complementar) poderá criar impostos e descreverá abstratamente a hipótese que incidirá sobre determinado fato praticado.

2.2. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

As imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar, a norma constitucional impede a incidência. O art. 150, VI, da CR/88 prevê casos de imunidade ao vedar à União, aos Estados e aos Municípios instituir impostos sobre os itens elencados.

Também trata-se de imunidade quando o texto se refere a expressão “não incide” ou “não incidirá”. Como pode-se observar nos artigos: 85, do ADCT; 149, §2º, I; 153, §3º, III; 153, §4º, II; 155, §1º, X; 156, §2º, I; 195, II, todos da CR/88.

Observa-se outros casos de imunidade, apesar do texto digitado referir-se a “são isentas de contribuição...”, como no caso dos artigos 184, §5º; 195, §7º.

A imunidade abrange além dos impostos e contribuições, as taxas, como pode-se observar nos artigos 5º, XXXIV; 226, §1º, da CR/88.

A imunidade distingue-se da isenção, tratada no item 2.11 abaixo, uma vez que a primeira é observada no âmbito do poder de tributar, enquanto que a última é mero não exercício da competência tributária.

2.3 OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

A Obrigação tributária (OT) é definida no art. 113, da lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional – CTN). E menciona que a OT será principal ou acessória. Os parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo, as definem como:

“§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.”.

Como exemplo de obrigação principal, tem-se o pagamento do tributo. E como exemplo de obrigação acessória, tem-se a emissão da nota fiscal de venda.

Cabe ressaltar, que por expressa disposição legal, contida no art. 113, § 3º, o descumprimento da obrigação acessória converte-se em obrigação principal, através do pagamento de multa, como pode-se observar do enunciado do parágrafo: “A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”.

Em outras palavras, quando um contribuinte vende um determinado produto, no momento da venda ocorreu o fato gerador do ICMS, como será visto mais adiante. Ao mesmo tempo em que ele tem que efetuar o pagamento do tributo (obrigação principal) ele tem que emitir a nota fiscal de venda (obrigação acessória) e não o fazendo, ele terá que pagar uma multa.

Importante observar que a obrigação acessória subsiste mesmo que a obrigação principal não seja ser cumprida. É o caso do contribuinte isento do Imposto de Renda (IRPF), que apesar de não ter que pagar o imposto, continua obrigado a efetuar a declaração. Não o fazendo, terá que pagar uma multa.

2.4 FATO GERADOR

É a ocorrência de determinado fato que corresponde, se amolda perfeitamente à hipótese de incidência, ao enunciado do artigo da lei. Ocorrendo um determinado fato que se amolda à descrição do tipo legal, ocorre o fato gerador (FG). Conforme observa-se do enunciado do art. 114, do CTN: "Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência."



FIGURA 1 - FATO GERADOR

2.5 SUJEITO ATIVO E PASSIVO

Como consequência direta do nascimento da OT, surge uma relação jurídica entre duas partes, uma que tem o direito de cobrar o imposto (sujeito ativo) e outra que tem o dever de pagar uma prestação pecuniária (sujeito passivo).

O art. 119, do mesmo diploma legal, define o sujeito ativo, como sendo: "Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento."

O sujeito passivo é definido pelo art. 121, do aludido diploma, como sendo: "Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária".

O elo que liga o sujeito ativo e o sujeito passivo é a obrigação tributária.

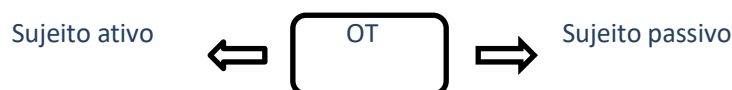


FIGURA 2 - SUJEITOS DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

2.6 CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Como decorrência da obrigação tributária, nasce para o fisco o crédito tributário (CT), como pode-se observar da redação do art. 139: "O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta."

A constituição do CT é feita através do instituto do lançamento que será abordada no item a seguir.



FIGURA 3 - CAMINHO DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

2.7 LANÇAMENTO

É o procedimento administrativo, tipificado no art. 142, realizado pela autoridade administrativa, que verifica se o fato gerador ocorreu, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo, propõe penalidade (quando for o caso).

É através do lançamento que se constitui o crédito tributário. "Afinal, se antes (quando da obrigação) falávamos em quem tem direito e quem tem o dever, agora (quando do crédito) falamos em credor e devedor.". (SPILBORGHS – 2006)[2].

2.8 MODALIDADES DE LANÇAMENTO

As modalidades de lançamento encontram-se disciplinadas nos artigos 147 a 150, do CTN. São elas: por declaração (art. 147), de ofício (art. 149) e por homologação (art. 150).

2.8.1 Por declaração

Nesta modalidade o lançamento é efetuado tendo por base a declaração do sujeito passivo ou de terceiros. Ex.: IRPF.

Também é denominado de misto, em razão do Fisco receber a informação do contribuinte, o Fisco apura o tributo e notifica, e por fim, o contribuinte paga.

2.8.2 De ofício

Nessa modalidade, a participação do contribuinte é praticamente nula. O Fisco, por possuir os dados suficientes, ou ainda por um dos motivos elencados nos incisos do art. 149, efetua o lançamento independentemente da participação do sujeito ativo. Ex.: IPTU.

2.8.3 Por homologação

Nessa modalidade, também conhecida como auto lançamento, é a modalidade mais utilizada para o lançamento. Nesta, o contribuinte presta as informações, faz a apuração de sua atividade, calcula o montante do tributo e antecipa o pagamento, antes da análise do agente administrativo. Ex.: ICMS.

2.9 MODALIDADES DE SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Uma vez constituído o CT, o Fisco, na qualidade de credor, tem o direito de exigir o seu pagamento. Entretanto, existem hipóteses em que essa cobrança poderá ser suspensa, que serão analisadas neste item.

De acordo com o art. 151, do CTN, suspendem a exigibilidade do CT:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)".

A moratória é uma modalidade criada por lei, que consiste em dilatar o prazo para o pagamento do tributo. Pode ser concedida direta e genericamente por lei (art. 152, I) ou por ato administrativo (caráter individual - art. 152, II) fundado em lei existente.

O art. 154 dispõe que, salvo disposição em contrário, a moratória somente abrange os créditos definitivamente constituídos até a data da lei ou do despacho que a conceder.

O art. 155 dispõe que a moratória concedida em caráter individual não acarreta direito adquirido e poderá ser revogada a qualquer de ofício. À contrário senso, a moratória em caráter geral, gera direito adquirido e não poderá ser revogada.

O parcelamento é modalidade que foi incluída no CTN através da lei complementar 104/2001. Exige lei específica para concessão. Salvo disposição em contrário, não exclui a incidência de multa e de juros.

Questão interessante é que a LCp 104/2001 ao incluir o parcelamento no rol de medidas que suspendem a exigibilidade do crédito tributário, não revogou o art. 153, III, b, do mesmo diploma legal, que versa sobre a “moratória parcelada”. Se não o fez, os dois coexistem e torna-se preciso diferenciá-los.

Enquanto que a moratória é concedida em virtude de excepcionais situações naturais, econômicas ou sociais, tipo: seca, enchentes, etc., o parcelamento tem como viés, medida de política fiscal, que visa recuperar créditos e aumentar a arrecadação.

2.10 MODALIDADES DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Assim como a suspensão, a extinção do crédito tributário impede que o Fisco cobre e receba o crédito tributário anteriormente constituído. Entretanto, diferentemente da suspensão, trata-se agora, das modalidades de extinção do crédito tributário. Ou seja, o Fisco não poderá cobrar o mencionado crédito. Seguem as modalidades de extinção, elencadas no art. 156, do CTN:

- I - o pagamento;
- II - a compensação;
- III - a transação;
- IV - remissão;
- V - a prescrição e a decadência;
- VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001) (Vide Lei nº 13.259, de 2016)“

A compensação (art. 156, II) consiste em compensar créditos tributários líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

A transação (art. 156, III) consiste em um negócio jurídico entre as partes que resolvem, de mútuo acordo, terminarem um litígio (art. 840, CC). No Direito tributário, a transação é detalhada no art. 171. Onde vislumbra-se a exigência de lei que a autorize.

A remissão (art. 156, IV) consiste na dispensa gratuita da dívida feita pelo credor em favor do devedor. Nossa Constituição exige lei específica (art. 150, §6º, CR/88). As regras gerais sobre a remissão no CTN são observadas no art. 172.

A prescrição e a decadência (art. 156, V) no Direito tributário consistem na perda do direito do Fisco em efetuar o lançamento (art. 173 - decadência) e de ajuizar ação de cobrança (art. 174 - prescrição), em razão do lapso temporal decorrido sem que o Fisco tenha efetuado o lançamento ou proposto a execução fiscal.

A conversão de depósito em renda (art. 156, VI) consiste, como o próprio nome sugere, na conversão de depósito efetuado anteriormente pelo contribuinte, a título de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II) e/ou para evitar a fluência de juros de mora; ou ainda, em sede de ação de consignação de pagamento, onde o contribuinte deposita o que julga ser correto, enquanto discute o valor. Os valores depositados são convertidos em renda a favor do Fisco.

O pagamento antecipado e a homologação previstos no art. 156, VII, trata da hipótese onde o contribuinte calcula o montante do tributo devido, antecipa o

pagamento e fica no aguardo da homologação. Ocorrendo a homologação, considera-se extinto o CT.

A consignação em pagamento (art. 156, VIII), nos termos do art. 164, §2º, uma vez julgada procedente a consignação, o pagamento considera-se efetuado e como consequência, extinto o CT. Caso seja julgada improcedente, no todo ou em parte, será cobrado o crédito resultante, com os acréscimos de juros de mora.

A decisão administrativa irreformável (art. 156, IX) consiste na hipótese em que o contribuinte insatisfeito com determinado lançamento, recorre desta decisão na esfera administrativa. E ao final do processo administrativo, o recurso é considerado procedente. Desta forma, o CT é extinto definitivamente.

A decisão judicial passada em julgado (art. 156, X) é aquela transitada em julgado, não cabendo por esse motivo, mais nenhum recurso.

A dação em pagamento em bens imóveis (art. 156, XI) consiste na hipótese em que o Fisco consentir em extinguir o CT, recebendo algo diverso de dinheiro, que é a regra no Direito tributário (art. 3º, CTN):

“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”.

2.11 MEIOS DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Excluem o CT a isenção (art. 176) e a anistia (art. 180). A exclusão do CT não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias, como visto no item 2.2 acima.

A isenção é a dispensa legal do pagamento de tributo devido e depende de lei que especifique as condições e requisitos para a sua concessão, os tributos alcançados e a sua duração. Salvo disposição em contrário, não abrange as taxas e contribuições de melhoria e nem os tributos instituídos após a sua concessão.

Salvo se concedida por prazo certo, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo em função de nova lei. Pode ser genérica ou em caráter individual, neste caso, através de despacho de autoridade administrativa, onde o interessado deverá comprovar que preenche os requisitos legais.

Anistia é o perdão legal de infrações e abrange somente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concedeu. Não se aplica aos atos

considerados crime ou contravenção, ou ainda àqueles que, mesmo não considerados como tal, sejam praticados com dolo, simulação ou fraude ou em conluio entre pessoas naturais ou jurídicas.

Pode ser concedida em caráter geral ou de forma limitada, de acordo com as opções do art. 181, II.

2.12 DÍVIDA ATIVA

Constituído o CT e não sendo este abrangido pela suspensão da exigibilidade, pela extinção ou pela exclusão, o CT é inscrito na dívida ativa, conforme observa-se do enunciado do art. 201, do CTN:

“Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”.

Uma vez inscrito, é extraída a certidão da dívida ativa (art. 202, §único), que constitui título executivo extrajudicial, apto para cobrança judicial.

2.13 EXECUÇÃO FISCAL

A execução judicial para cobrança da dívida ativa é regida pela lei 6830/80 e subsidiariamente pelo CPC.

2.14 ESPÉCIES DE TRIBUTOS

De acordo com o art. 5º, do CTN, os tributos são divididos em: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Uma das correntes da doutrina considera como tributos os empréstimos compulsórios (art. 148, da CR/88) e as contribuições especiais (artigos 149 e 149-A, do mesmo diploma legal).

3. TRIBUTOS IMOBILIÁRIOS

Esse capítulo abordará os tributos relacionados ao direito imobiliário.

3.1 BASE LEGAL

União: artigo 153, III e VI, da Constituição; lei 7.713/88; lei 9.393/96.

Estados: artigo 155, I, da Constituição; Decreto-Lei Nº 05/75.

Municípios: artigo 156, I e II, da Constituição; Lei 691/84.

Distrito Federal: os impostos de competência estadual e municipal citados, por força dos artigos: 32, § 1º; 155; e 147, da CR/88.

3.2 TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO

São tributos de competência da União relacionados ao Direito imobiliário: IR (imposto de renda) sobre o ganho de capital (art. 21, da lei 8.981/95) e o ITR (imposto sobre a propriedade territorial rural), disciplinado pelo art. 1º, da lei 9.393/96.

3.3 TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL

São tributos de competência dos Estados e do Distrito Federal relacionados ao Direito imobiliário: ITD (imposto sobre a transmissão causa mortis e doação), disciplinado pelo art. 155, I, da CR/88 e art. 1º, da lei 7.174/2015 – RJ.

3.4 TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL

São tributos de competência dos Municípios relacionados ao Direito imobiliário: IPTU (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana), disciplinado pelo artigo 156, I, da CR/88 e Lei 691/84, do município do Rio de Janeiro. ITBI (imposto de transmissão de bens imóveis), disciplinado pelo art. 156, II, da CR/88 e pela lei 1.364/88 - MRJ.

3.5 TRIBUTOS INCIDENTES NAS TRANSAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Os tributos incidentes nas transações imobiliárias dependerão da transação realizada.

3.5.1 Compra e venda

Por ocasião da compra de um imóvel incide o ITBI. De acordo com o art. 9º, da lei 1.364/88 - RJ, o contribuinte do imposto é o adquirente.

O art. 156, II, da CR/88 dispõe:

“II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição

O art. 4º, incisos I a III, da lei 1.364/88 descreve o fato gerador do imposto, como sendo:

“Art. 4º - O imposto tem como fato gerador a realização inter vivos, por ato oneroso, de qualquer dos seguintes negócios:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos anteriores. (VER: LEI N.º 5.230, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2010)”.

O art. 5º da citada lei esmiúça o fato gerador, descrevendo as mutações patrimoniais compreendidas no fato gerador:

“Art. 5º - Compreendem-se na definição do fato gerador as seguintes mutações patrimoniais, envolvendo bens imóveis ou direitos a eles relativos:

I - compra e venda e retrovenda;

II - dação em pagamento;

III - permuta;

IV - enfiteuse e subenfiteuse;

V - instituição de usufruto, uso e habitação;

VI - mandato em causa própria ou com poderes equivalentes para a transmissão de bem imóvel ou de direito a ele relativo e seu substabelecimento;

VII - arrematação ou adjudicação em leilão, hasta pública ou praça, bem como as respectivas cessões de direitos;

VIII - transferência de bem ou direito ao patrimônio de pessoa jurídica para o de qualquer um de seus sócios, acionistas ou respectivos sucessores;

IX - transferência de bem ou direito ao patrimônio de pessoa jurídica para pagamento de capital, na parte do valor do imóvel não utilizada na realização do capital;

X - tornas ou reposições que ocorram:

a) nas partilhas efetuadas em virtude de falecimento, separação judicial ou divórcio, quando o cônjuge receber, dos imóveis situados no Município, quota-parte cujo valor seja maior do que o valor de sua meação na totalidade desses imóveis;

b) nas partilhas efetuadas em virtude de falecimento, quando o herdeiro receber, dos imóveis situados no município, quota-parte, cujo valor seja maior que o valor de seu quinhão, na totalidade desses imóveis;

c) nas divisões, para extinção de condomínio de imóveis, quando qualquer condômino receber quota-parte material cujo valor seja maior do que o de sua quota-parte ideal;

XI - transferência de direito sobre construção em terreno alheio, ainda que feita ao proprietário do solo;

XII - cessão de direito à herança ou legado;

XIII - cessão dos direitos de opção de venda, desde que o optante tenha direito à diferença de preço e não simplesmente à comissão;

XIV - instituição, translação e extinção de qualquer direito real sobre imóvel, exceto os direitos reais de garantia e as servidões pessoais.

§ 1º - Constitui transmissão tributável a rescisão ou o distrato de cessão de promessa de compra e venda, ou de promessa de cessão.

§ 2º - Inexiste transferência de direito na desistência ou na renúncia à herança ou legado, desde que cumulativamente:

a) seja feita sem ressalva, em benefício do montante; e

b) não tenha o desistente ou renunciante praticado qualquer ato que mostre a intenção de aceitar a herança ou legado.”.

Analisando o fato gerador do imposto constante na CR/88, verifica-se que enseja o pagamento do imposto, a transmissão da propriedade e a cessão de direitos de um compromisso de compra e venda. Segundo (SILVA – 2017)[3] essa interpretação excluiria o compromisso de compra e venda, já que não é transmissão

de propriedade e nem cessão de direitos relativos à aquisição de propriedade, apontando precedentes favoráveis a esse entendimento[4].

A base de cálculo em regra é o valor venal do imóvel. A alíquota, assim como a base de cálculo, é estabelecida por lei de cada município. A CR/88 não estabelece limite máximo, ficando a critério de cada município o estabelecimento de seu valor, desde que não caracterize efeito confiscatório. Alguns municípios implantaram alíquotas progressivas, cuja progressividade foi declarada pelo STF inconstitucional.[5]

Até o advento da EC/93 poderia questionar-se a exigência do pagamento do imposto no momento da lavratura da escritura, uma vez que por força do art. 1.245, do CC, a transmissão da propriedade é operada por ocasião do registro do título translativo perante o Registro de Imóveis e não da lavratura da escritura. Entretanto, a citada Emenda incluiu o parágrafo 7º, no art. 150, que prevê a possibilidade de tributação relativa à fato gerador futuro, bem como a restituição imediata e preferencial, em caso de não ocorrência do fato gerador.

Por ocasião da venda, poderá incidir o imposto de renda sobre o ganho de capital. Ressalte-se que o fato gerador do imposto não é a venda, mas eventual ganho de capital decorrente da diferença entre o preço de venda e o preço de compra. (art. 21, da lei 8.981/95). Com alíquotas de 15% a 22,5%, dependendo do valor do ganho de capital.

O contribuinte do imposto é o vendedor.

3.5.2 Doação ou herança

Nestes dois casos, a aquisição do imóvel não ensejará o pagamento de ITBI e sim do ITD, de competência estadual, cujos institutos são disciplinados pela lei 7.174/2015 - RJ.

3.5.3 Manutenção da propriedade

A manutenção da propriedade de um imóvel é fato gerador de imposto. Em caso de imóveis urbanos é devido o IPTU, e no caso de imóveis rurais é devido o ITR.

Os dois impostos constituem obrigação *propter rem*, cujas dívidas aderem ao imóvel. Daí a necessidade de obtenção de certidão negativa. Em ambos os impostos o contribuinte é o proprietário. No caso do IPTU a certidão é obtida na Secretaria de Fazenda do município e no caso do ITR, perante a Receita Federal.

O que diferencia o ITR do IPTU é a destinação do imóvel, para utilização para exploração vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, sendo que cabe ao contribuinte o ônus da prova da destinação como pode-se visualizar dos seguintes artigos:

ITR – lei 9.393/96:

“Art. 1º O Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, de apuração anual, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do município, em 1º de janeiro de cada ano.

§ 1º O ITR incide inclusive sobre o imóvel declarado de interesse social para fins de reforma agrária, enquanto não transferida a propriedade, exceto se houver imissão prévia na posse.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se imóvel rural a área contínua, formada de uma ou mais parcelas de terras, localizada na zona rural do município.

§ 3º O imóvel que pertencer a mais de um município deverá ser enquadrado no município onde fique a sede do imóvel e, se esta não existir, será enquadrado no município onde se localize a maior parte do imóvel.”.

IPTU – lei 691/84 - MRJ:

“Art. 52 - O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem imóvel, por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Parágrafo único - Considera-se ocorrido o fato gerador no primeiro dia do exercício a que corresponder o imposto.”.

Em razão do art. 21, da lei 9.393/96, para fins de registro da escritura no Registro de Imóveis deve ser comprovado o pagamento do ITR dos últimos cinco anos. Mesma norma não existe para o IPTU.

3.6 IMUNIDADES, ISENÇÕES, NÃO INCIDÊNCIA NO DIREITO IMOBILIÁRIO

O art. 150, VI e suas alíneas veda todas as esferas de governo a instituir tributos sobre os itens elencados. Da mesma forma, os entes públicos não poderão

tributar a transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, conforme enunciado do art. 184, § 5º.

Além dessa regra comum a todos, cada ente público possui regras específicas dos tributos de sua competência. É o que será trazido a colação nos subitens a seguir.

3.6.1 ITBI

Imunidade:

Bens incorporados (art. 156, §2º, I, da CR/88)

“não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;”.

Não incidência (art. 6º, lei 1364/98 - MRJ):

“Art. 6º - O imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direito, quando:

I - incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital;

II - decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica;

III - versar sobre direitos reais de garantia;

IV - ocorrida mortis causa

V - decorrer de atos não onerosos;

VI - decorrente de locação de bens imóveis ou o arrendamento mercantil.”

Isenção (art. 7º, do mesmo diploma legal):

“Art. 7º - Estão isentas do imposto:

I - a aquisição, por Estado estrangeiro, de imóvel exclusivamente destinado a uso de sua missão diplomática ou consular;

II - a aquisição decorrente de investidura determinada por pessoa jurídica de direito público;

III - a reserva e a extinção do uso, do usufruto e da habitação;

IV - a transmissão dos bens ao cônjuge, em virtude da comunicação decorrente do regime de bens do casamento;

V - a torna ou a reposição igual ou inferior ao valor correspondente a 10 (dez) UNIFs;

VI - vetado.

VII - a transmissão em que o alienante seja o Município do Rio de Janeiro;

VIII - a indenização de benfeitorias necessárias pelo proprietário do imóvel ao locatário;

IX - a aquisição de imóvel para residência própria, por uma única vez, por ex-combatente da Segunda Guerra Mundial, assim considerados os que participaram das operações bélicas, como integrantes do Exército, da Aeronáutica, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante do Brasil;

X - a aquisição de bem ou direito resultante da declaração de utilidade pública ou de necessidade social, para fins de desapropriação.”

Suspensão condicional do pagamento (art. 8º, da aludida lei):

“Art. 8º - Será suspenso o pagamento do imposto relativo à aquisição de imóvel, ou de direito real sobre imóvel, destinado à instalação de :

I - entidade sindicais de trabalhadores oficialmente reconhecidas, desde que destinado à sua sede ou a fins de natureza assistencial, cultural, recreativa ou desportiva;

II - associações de moradores, observadas as condições estabelecidas no inciso anterior;

III - federações e confederações das sociedades mencionadas nos incisos anteriores.

§ 1º - O disposto neste artigo se aplicará enquanto a destinação do imóvel ou a finalidade da entidade adquirente não for modificada ou desvirtuada, nem transmitido o bem ou o direito real.

§ 2º - Ocorrida uma das hipóteses previstas no parágrafo anterior, o imposto não paga à época da transmissão será imediatamente devido, com os acréscimos legais contadas da data em que houver ocorrido o fato causador da perda do benefício fiscal."

3.6.2 IR

Imunidade:

Indenização da terra nua desapropriada (art. 184, §5º), citada acima, na regra comum a todos.

Isenções:

a) Alienação de único imóvel nos últimos cinco anos (23, da lei 9250/95):

"Art. 23. Fica isento do imposto de renda o ganho de capital auferido na alienação do único imóvel que o titular possua, cujo valor de alienação seja de até R\$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil reais), desde que não tenha sido realizada qualquer outra alienação nos últimos cinco anos."

b) Ganho apurado na alienação de imóveis adquiridos até 1969 (art. 18, da lei 7.713/88).

c) Ganho apurado na venda e aplicação em outro imóvel em 180 (cento e oitenta) dias. (art. 39, da lei 11.196/2005):

"Art. 39. Fica isento do imposto de renda o ganho auferido por pessoa física residente no País na venda de imóveis residenciais, desde que o alienante, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado da celebração do contrato, aplique o produto da venda na aquisição de imóveis residenciais localizados no País. (Vigência)

§ 1o No caso de venda de mais de 1 (um) imóvel, o prazo referido neste artigo será contado a partir da data de celebração do contrato relativo à 1a (primeira) operação.

§ 2o A aplicação parcial do produto da venda implicará tributação do ganho proporcionalmente ao valor da parcela não aplicada.

§ 3o No caso de aquisição de mais de um imóvel, a isenção de que trata este artigo aplicar-se-á ao ganho de capital correspondente apenas à parcela empregada na aquisição de imóveis residenciais.

§ 4o A inobservância das condições estabelecidas neste artigo importará em exigência do imposto com base no ganho de capital, acrescido de:

I - juros de mora, calculados a partir do 2o (segundo) mês subsequente ao do recebimento do valor ou de parcela do valor do imóvel vendido; e

II - multa, de mora ou de ofício, calculada a partir do 2o (segundo) mês seguinte ao do recebimento do valor ou de parcela do valor do imóvel vendido, se o imposto não for pago até 30 (trinta) dias após o prazo de que trata o caput deste artigo.

§ 5o O contribuinte somente poderá usufruir do benefício de que trata este artigo 1 (uma) vez a cada 5 (cinco) anos.”.

3.6.3 ITD

Não incidência (art. 7º, da Lei 7.174/2015):

“Art. 7º O imposto não incide:

I – quando houver renúncia pura e simples à herança ou ao legado, sem ressalva ou condição, desde que o renunciante não indique beneficiário ou tenha praticado ato que demonstre aceitação;

II – no recebimento de capital estipulado de seguro de vida contratado com cláusula de cobertura de risco;

III – na extinção de usufruto ou de qualquer outro direito real;

IV – sobre o fruto e rendimento do bem do espólio havidos após o falecimento do autor da herança ou legado; e

V – nas hipóteses relativas às imunidades previstas no inciso VI do caput do art. 150 da Constituição Federal.”.

Isenções (art. 8º, do mesmo diploma legal):

“Art. 8º Estão isentas do imposto:

I – a doação do domínio direto relativo à enfiteuse;

II – a doação a Estado estrangeiro de imóvel destinado exclusivamente ao uso de sua missão diplomática ou consular;

III – a transmissão dos bens ao cônjuge, em virtude da comunicação decorrente do regime de bens do casamento, assim como ao companheiro, em decorrência de união estável;

IV – a caducidade ou extinção do fideicomisso, com a consolidação da propriedade na pessoa do fiduciário ou do fideicomissário;

V – a doação de imóvel para residência própria, por uma única vez, a qualquer título, quando feita a ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, assim considerados os que participaram das operações bélicas, como integrantes do Exército, da Aeronáutica, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante do Brasil;

VI – a transmissão causa mortis de valores não recebidos em vida pelo falecido, correspondentes a salário, remuneração, rendimentos de aposentadoria e pensão, honorários e saldos das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e do Fundo de Participação PIS-PASEP, excluídos os casos de que trata o art. 23;

VII – a transmissão causa mortis de bens e direitos integrantes de monte-mor cujo valor total não ultrapasse a quantia equivalente a 13.000 (treze mil) Unidades Fiscais de Referência do Estado do Rio de Janeiro (UFIRs-RJ);

VIII – a doação, em dinheiro, de valor que não ultrapasse a quantia equivalente a 11.250 (onze mil, duzentas e cinquenta) UFIRs-RJ por ano civil, por donatário;

IX – a doação de imóvel ocupado por comunidade de baixa renda, destinado a regularização fundiária e urbanística promovida pelo Poder Público;

X – a doação de imóvel destinado a programa habitacional promovido pelo Poder Público, destinado a pessoas de baixa renda ou em decorrência de calamidade pública;

XI – a transmissão causa mortis de imóveis residenciais a pessoas físicas, desde que a soma do valor dos mesmos não ultrapasse o valor equivalente a 100.000 (cem mil) UFIRs-RJ;

*XI – a transmissão causa mortis de imóveis residenciais a pessoas físicas, desde que a soma do valor dos mesmos não ultrapasse o valor equivalente a 60.000 (sessenta mil) UFIRs-RJ.

* Nova redação dada pela Lei 7786/2017.

XII – a transmissão causa mortis de um único imóvel para residência própria, por única vez, quando feita a herdeiros necessários de policiais militares e civis, e agentes penitenciários mortos comprovadamente em decorrência do desempenho da atividade profissional;

XIII – a transmissão causa mortis de imóveis residenciais dos Programas de Arrendamento Residencial (PAR) e Minha Casa Minha Vida, observados os valores dos respectivos programas;

XIV – a transmissão causa mortis de imóveis localizados em Unidades de Conservação da Natureza onde os residentes pertençam à comunidades tradicionais e quilombolas, devidamente comprovados, na forma da legislação;

XV – a doação de um único imóvel para residência própria, por uma única vez, quando feita pela vítima de violência praticada por agente de Estado, quando transitada em julgado a sentença condenatória;

XVI – a doação de um único imóvel para residência própria, por uma única vez, quando feita a pensionistas de policiais militares e civis, e inspetores de segurança da administração penitenciária, mortos em, serviço ou em decorrência dele.

* XVII – a doação ou transmissão causa mortis a pessoas físicas de um único imóvel residencial localizado em comunidades de baixa renda, na forma a ser regulamentada pelo Poder Executivo.

* Incluído pela Lei 7786/2017.

* XVIII – A transmissão causa mortis e a doação a fundações de direito privado com sede no Estado do Rio de Janeiro, bem como a associações de assistência social, saúde e educação, ou das que mantenham atividades em ao menos um dos temas citados nos incisos do artigo 3º da Lei 5.501 de Julho de 2009, independente de certificação, inclusive as instituições sem finalidade econômica financiadoras e daquelas dedicadas a constituição de fundos para financiamento das instituições isentas ou de suas atividades.

* Incluído pela Lei 7786/2017.

§ 1º O cálculo do valor total do monte-mor, para efeitos da fruição da isenção prevista no inciso VII, não inclui o valor dos imóveis de que trata o inciso XI, ambos do caput deste artigo.

§ 2º Fica dispensado o pagamento do crédito tributário quando o valor total da guia de lançamento não ultrapassar o valor equivalente a 20 (vinte) UFIRs-RJ.

* §3º O disposto no inciso XVIII deste artigo não se aplica às entidades legalmente constituídas na forma de Organizações Sociais.

* Incluído pela Lei 7786/2017.”.

3.6.4 IPTU

Isenções (art. 61, da lei 691/84):

“I – os imóveis reconhecidos em lei como de interesse histórico, cultural ou ecológico, desde que mantidos em bom estado de conservação;

II - os imóveis de propriedade das pessoas jurídicas de direito público externo, quando destinados ao uso de sua missão diplomática ou consulado;

III - os imóveis situados nas Regiões A e B, utilizados para fins agrícolas ou de criação, por seus proprietários ou por terceiros, registrados na repartição competente para supervisionar essas atividades, desde que possuam área agricultável igual ou superior a 1000 mil metros quadrados, em que sejam cultivadas $\frac{3}{4}$ (três quartas partes) desta, ou, se usada para criação, seja mantida idêntica proporção em pastos devidamente tratados e economicamente aproveitados;

IV - os imóveis situados nas regiões A e B, utilizados na exploração de atividades avícolas organizadas por seus proprietários ou por terceiros registrados como produtores na repartição competente, que tenham área territorial não superior a um hectare ou, que tendo-a superior a este limite, utilizem no mínimo $\frac{3}{4}$ (três quartas partes) da área excedente aproveitável em finalidades diretamente vinculadas à citada exploração;

V - as áreas que constituam reserva florestal, definidas pelo poder público, e as áreas com mais de 10.000 m² (dez mil metros quadrados) efetivamente ocupadas por florestas;

VI - os imóveis utilizados para instalação de sociedade desportiva, cuja finalidade principal consista em proporcionar meios de desenvolvimento da cultura física de seus associados, os ocupados por associações profissionais e sindicatos de empregados e associações de moradores, bem como pelas federações e confederações das entidades referidas neste inciso, excetuados os localizados na orla marítima da região C a que alude o § 1º do art. 67, os que vendam pules ou talões de apostas e ainda aqueles cujo valor de mercado do título patrimonial ou de direito de uso seja superior a vinte salários mínimos;

VII - os imóveis ou partes de imóveis utilizados como teatro;

VIII - os imóveis utilizados exclusivamente como museus;

IX - até 31 de dezembro de 1992, os imóveis pertencentes às empresas da indústria cinematográfica, por laboratórios, aos estúdios e aos distribuidores que se dediquem, exclusivamente, a filmes brasileiros, naturais ou de enredo desde que estejam sendo utilizados nas atividades citadas neste inciso;

X - os imóveis utilizados como salas de exibição cinematográfica por entidades brasileiras sem fins lucrativos;

XI - o imóvel de propriedade de ex-combatente brasileiro da II Guerra Mundial, assim considerado o que tenha participado de operações bélicas como integrante do Exército, da Aeronáutica, da Marinha de Guerra ou da Marinha Mercante, inclusive o de que seja promitente-comprador ou cessionário, enquanto nele residir, mantendo-se a isenção ainda que o titular venha a falecer, desde que a unidade continue servindo de residência à viúva ou ao filho menor;

XII - os estabelecimentos hoteleiros, assim reconhecidos e classificados pela Embratur, condicionado a que tenham mais de 100 (cem) apartamentos, bem como os empreendimentos turísticos não hoteleiros localizados no "Plano Piloto de Urbanização e Zoneamento da Baixada de Jacarepaguá" e os situados nas zonas turísticas definidas em legislação específica, desde que, em qualquer das hipóteses, apliquem 40 % (quarenta por cento) do imposto devido, em cada exercício, em ações preferenciais, sem direito a voto, da Riotur-Empresa de Turismo do Município do Rio de Janeiro S.A., na forma e sob as condições determinadas em regulamento próprio, observados os seguintes prazos:

1. até 31 de dezembro de 1990, os existentes na data de vigência da Lei nº 206, de 16 de dezembro de 1980;

2. por dez anos, contados da data da concessão da licença de construção, os que se instalaram ou tiverem a construção licenciada entre 1º de janeiro de 1981 e 31 de dezembro de 1984;

XIII - os imóveis cedidos ao Município a qualquer título, desde que o contrato estabeleça o repasse do ônus tributário, observado o §2º deste artigo;

XIV – os imóveis edificados residenciais cujo valor do imposto lançado em cada exercício seja igual ou inferior a 0,2 (dois décimos) da UNIF.

XV - os imóveis utilizados por empresas editoras de livros, suas oficinas, redações, escritórios e demais atividades-fim.

§ 1º - A isenção a que se refere o inciso XII deste artigo, em relação ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, somente vigorará até 31 de dezembro de 1986.

§ 2º - Na hipótese do inciso XIII , isenção prevalecerá a partir do ano seguinte ao da ocorrência do fato mencionado e será suspensa no exercício posterior ao da rescisão ou do término do contrato de cessão.

§ 3º - As isenções previstas neste artigo condicionam-se ao seu reconhecimento pelo órgão municipal competente, na forma estabelecida pelo Poder Executivo.”.

3.6.5 ITR

Imunidades:

O ITR “não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel;” (art. 153, §4º, II, da CR/88). As dimensões relativas ao tamanho das pequenas glebas rurais estão definidas no parágrafo único e incisos, do art. 2º, da lei 9.393/96.

Isenções:

“Art. 3º São isentos do imposto:

I - o imóvel rural compreendido em programa oficial de reforma agrária, caracterizado pelas autoridades competentes como assentamento, que, cumulativamente, atenda aos seguintes requisitos:

- a) seja explorado por associação ou cooperativa de produção;
- b) a fração ideal por família assentada não ultrapasse os limites estabelecidos no artigo anterior;
- c) o assentado não possua outro imóvel.

II - o conjunto de imóveis rurais de um mesmo proprietário, cuja área total observe os limites fixados no parágrafo único do artigo anterior, desde que, cumulativamente, o proprietário:

- a) o explore só ou com sua família, admitida ajuda eventual de terceiros;
- b) não possua imóvel urbano.

Art. 30-A. Os imóveis rurais oficialmente reconhecidos como áreas ocupadas por remanescentes de comunidades de quilombos que estejam sob a ocupação direta e sejam explorados, individual ou

coletivamente, pelos membros destas comunidades são isentos do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014).”.

3.7 TEMAS ATUAIS

No X ENAI[6] – Encontro Nacional dos Advogados do Mercado Imobiliário, foram apresentados os temas atuais enfrentados pelos profissionais do Direito. Foram relacionados: a) isenções sobre o ganho de capital (IR); b) excesso na partilha (ITD); Imunidades (ITBI e IPTU).

O item a já foi abordado no presente trabalho no item 3.5.5 acima.

O item b refere-se à questão do recolhimento do tributo devido, sobre a fração transferida de um cônjuge para o outro, ou quando houver partilha desigual do patrimônio comum.

O item c no que se refere à imunidade do ITBI, diz respeito ao limite da imunidade ao valor do capital social, caso o valor do imóvel incorporado, ultrapasse o valor do capital social. (REsp 1.407.916 – SC – Rel. Min. Benedito Gonçalves; TEMA 796 – RE 796376 - Rel. Min. Marco Aurélio).

No que se refere à imunidade do IPTU, diz respeito aos bens e direitos que integram o patrimônio do PAR (programa de arrendamento residencial) encontram-se abrangidos pela imunidade tributária. (TEMA 884 – RE 928902. Rel. Min. Alexandre de Moraes).

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por intuito trazer ao conhecimento dos leitores, sejam eles profissionais ou não do Direito, um material consolidado sobre a integração entre o Direito Tributário e o Direito Imobiliário, de forma que possa servir de apoio àqueles que tem interesse no assunto.

Na primeira parte, foram colacionados alguns institutos do Direito Tributário, necessários ao correto entendimento do estudo. Dentre eles, o fato gerador, a obrigação tributária, o lançamento e suas modalidades, o crédito tributário, os sujeitos da obrigação tributária, a questão da imunidade, da não incidência, as modalidades de suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário, a dívida ativa e a execução fiscal, bem como, os institutos da decadência e da prescrição.

Feitas as primeiras considerações sobre o Direito Tributário, passou-se na segunda parte, à aplicação de alguns desses institutos à tributação nas diversas modalidades de transações imobiliárias, apresentando quem são os contribuintes e como se comportam aqueles institutos iniciais da primeira parte às transações propriamente ditas.

Por fim, foram trazidos alguns temas atuais sobre o estudo ora desenvolvido.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SPILBORGHS, Alessandro. **Direito Tributário**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2006.

CASSONE, Vitório, CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. **Processo tributário: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2006.

RICARDO, Alexandre. **Direito tributário**. Salvador: JusPodium, 2017.

SILVA, Bruno Mattos e. **Compra de imóveis; aspectos jurídicos, cautelas devidas e análise de riscos**. São Paulo: Atlas, 2017.

GUIA DA CARREIRA. Disponível em: <<https://www.guiadacarreira.com.br/cursos/direito-humanas-ou-exatas/>>. Acesso em 30/01/2019. 15:10h.

NOTAS:

[1] Guia da Carreira.

[2] Spillborghs, Alessandro, *Direito Tributário*, página 36, 2006

[3] SILVA, Bruno Mattos e. *Compra de imóveis; aspectos jurídicos, cautelas devidas e análise de riscos*, 2017, p. 229

[4] Id., p. 230. AI-AgR 603.309/MG, 2ª Turma STF e REsp 57.641/PE, 2ª Turma STJ

[5] Id. p. 234. Súmula 656 STF.

[6] Realizado nos dias 25 e 26 de outubro de 2018, no auditório Antônio Carlos Amorim – EMERJ.

A REVOLUÇÃO DA APLICABILIDADE DO DIREITO – A ASCENSÃO DA INFORMÁTICA JURÍDICA E DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

ANA PAULA PAULUCCI AMARAL:

Acadêmica de Direito no UNIPAC – Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – Campus Barbacena/Minas Gerais

Orientador: Luiz Carlos Rocha de Paula – Professor Universitário no Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Barbacena, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito.

Resumo: O presente artigo visa mostrar a importância de acompanhar as tendências e os reflexos do avanço tecnológico no mercado jurídico. As formas de desjudicialização dos litígios, priorizando a aplicação dos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos, tem sido a mola propulsora para que o Direito além de acompanhar, se adapte às transformações necessárias para a prestação de serviços mais eficazes, visto que, é demonstrado ao desenvolver do tema, que alguns problemas como a falta de previsibilidade das decisões, os altos custos processuais e a morosidade, estão há tempos, presentes na sociedade, de maneira a inviabilizar a efetiva aplicação do Direito.

Palavras-Chave: Extrajudiciais, Transformações, Inovação, Tecnologia, Conflitos.

Abstract: This article aims to show the importance of following the trends and reflexes of technological advances in the legal market. The forms of dejudicialization of disputes, prioritizing the application of Extrajudicial Methods of Conflict Resolution, have been the driving force for the Law, in addition to monitoring, to adapt to the necessary transformations for the provision of more effective services, since it is demonstrated to the to develop from the theme, that some problems such as the lack of predictability of decisions, the high procedural costs and the delay, have been present in society for a long time, in order to make the effective application of the Law impossible.

Keywords: Extrajudicial, Transformations, Innovation, Technology, Conflicts.

Sumário: Introdução. 1. Princípios norteadores dos meios extrajudiciais de solução de conflitos. 2. Quando aplicar cada meio? 3. O advogado colaborador. 4. Aplicando a teoria dos jogos. 5. Uma ferramenta importante. 5.1 Um olhar inovador. Conclusão.

Introdução

Não é de agora a insatisfação das pessoas frente ao judiciário. Tal relação se torna exaustiva para qualquer um que deseja acioná-lo, fazendo com que o sistema se torne ilegítimo em vários aspectos. A falta de participação dos litigantes no conflito, há tempos é assunto que causa discussões frequentes no ramo do direito, ponto que é perceptível, por exemplo, no livro *O Processo* de Franz Kafka, que para melhor entendimento da conexão do livro com o tema do presente artigo, é necessário demonstrar sob qual cenário o autor viveu e escreveu a obra.

Kafka nasceu judeu, em um império austro-húngaro que, após sofrer constantes instabilidades políticas, ao entrar em ebulição pela luta do próprio nacionalismo das várias nacionalidades que o integrava, foi destruído pela guerra dando vida a quatro novas nações. Nascendo cidadão austro-húngaro e tendo perpassado por várias transformações sociais, inclusive, tendo morrido eslovaco, Franz começa a escrever "*O Processo*" durante 1914, uma época de grande desenvolvimento tecnológico, influenciada pelo império alemão, a revolução industrial trazendo os motores de carros, as lâmpadas elétricas e várias outras invenções marcantes para o desenvolvimento humano.

Tempo marcado pelo pessimismo de Schopenhauer, o niilismo de Nietzsche, a conceitualização de Ubermensch (além- do homem ou até mesmo super-homem) e, de Freud com os conceitos de inconsciente.

Josef K. é um homem processado por uma autoridade remota e inacessível, sendo a natureza de seu crime mantida oculta durante todo tempo. Ao longo do livro, Franz Kafka transparece fazer algumas críticas ao poder judiciário, e entre elas, uma de suma importância, a ilegitimidade do sistema, demonstrada em inúmeros aspectos, mas em destaque para tal tema discutido, a morosidade da justiça e a falta de participação dos envolvidos no litígio, escrita nos anos 20 do século passado (XX), mas que diz tanto sobre a realidade vivida no Brasil, visto que, a morosidade processual corresponde à cinquenta por cento da demanda recebida pela ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça – CNJ .

Importante ressaltar que, considerava-se que a decisão judicial era a única alternativa para se resolver um litígio. Todavia, sobreveio o Sistema Multiportas e assim, descortinou-se um novo horizonte de outros caminhos para se chegar a uma solução dos conflitos. Chamamos de métodos alternativos ou adequados, que

auxiliam de uma maneira mais efetiva, cada situação a encontrar sua “porta” para a resolução do caso em questão.

O Sistema Multiportas teve início nos Estados Unidos na década de 70 e foi adotado no Brasil com o surgimento dos juizados especiais, quando a legislação trouxe em 1995 uma lei que estipulava como se daria a resolução de conflitos para casos de menor complexidade. Com o tempo o sistema evoluiu e chegamos ao novo código de processo civil, que deu uma roupagem contemporânea ao sistema jurídico de resolução de litígios.

É possível que o conflito seja analisado e resolvido por algumas opções, como, por exemplo, a autocomposição, inclinando-se, quem sabe, à uma conciliação, mediação ou até mesmo, uma negociação entre as partes, para chegarem à resolução do impasse. Não podemos rechaçar a possibilidade de se ter a decisão do litígio por intermédio de uma terceira pessoa, o juiz arbitral, que não se configura como um juiz togado, mas que, prolatará uma sentença arbitral com força de título executivo, dando, assim, uma decisão à cizânia que se apresenta, ou seja, as partes têm várias alternativas para poder caminhar em direção à solução dos litígios.

São inúmeras as vantagens obtidas quando as próprias partes resolvem a desavença, melhor é o resultado, donde se depreende que a efetividade do cumprimento do que foi acordado seja ratificado, praticado e colocado ao deslinde do feito. Não se tem mais uma única porta para se ter a resolução de uma discórdia, ou seja, a porta principal não é mais somente a da decisão judicial, existindo outras alternativas, que podem ser tão ou mais impactantes na vida das pessoas do que a decisão de um magistrado.

1. Princípios norteadores dos meios extrajudiciais de solução de conflitos

**“Dialogar é dizer o que pensamos e suportar o que os outros pensam.”
(ANDRADE, Carlos Drummond)**

A judicialização dos conflitos, na maioria das vezes impede que a dialética dos interesses se viabilize, ao invés da situação ser pacificada, acaba sendo agravada pela morosidade e o alto custo. A possibilidade de acessar à Justiça colocando fim ao conflito com uma solução pacífica por um meio não judicial, atualmente se tornou quase uma necessidade humana.

É impossível sanarmos definitivamente a existência de rixas, visto que, são frutos das relações humanas (de acordo com a teoria dos conflitos), considerando que, cada indivíduo tem sua característica e em algum momento, irá colidir com direitos e interesses de outra pessoa.

Contudo, para escapar da morosidade da justiça e em contrapartida, da falta de participação dos envolvidos no litígio, pode-se recorrer a um importante dispositivo presente no Ordenamento Jurídico Brasileiro: os Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESOC), caracterizados pela Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem, funcionando estes, como métodos alternativos para a resolução dos litígios, viabilizando garantir maior possibilidade de acesso e promoção de Justiça para os cidadãos.

No Direito, toda vez que falamos de algum instituto, falamos em princípios, por facilitarem a compreensão das técnicas e das diferentes interpretações dadas ao dispositivo. Exsurge-se então, a necessidade de compreensão da ascendência e importância da palavra princípio; do Latim, *principium*, "origem, causa próxima, início", de *primus* "o que vem antes."

Princípio, palavra utilizada na Ciência do Direito a partir do significado que possui, podendo ser interpretada em três formas: em sua linguagem natural, princípio é origem, início, e, por quem inicia os estudos de uma disciplina jurídica sendo uma matéria a ser estudada. Técnica, referindo-se aos elementos do sistema normativo, fazendo com que o conjunto das normas se torne em um verdadeiro sistema, um ordenamento; tornando-o um tipo de viga-mestra do regime jurídico. E então, para identificar um tipo de norma, em contraposição às regras jurídicas.

Como no Direito não se cabe somente uma dessas formas de interpretação, a palavra se tornou ambígua. Sendo assim, sua utilização é correta nas três hipóteses. Nesse sentido, conforme Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco em Teoria Geral do Processo (2013, p. 59):

"Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmáticas jurídicas, trazendo em si seríssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador."

Os Meios Extrajudiciais de Resoluções de Conflitos, estão, tanto de forma tácita quanto explícita, expressos no ordenamento jurídico, sendo regulado por alguns princípios, como o da imparcialidade, neutralidade, autonomia de vontade, oralidade, informalidade, independência, confidencialidade, cooperação e busca do consenso, da boa-fé e da voluntariedade e decisão informada, tornando de suma importância a abordagem das características de alguns deles para uma melhor e mais completa aplicação.

O primeiro princípio sob análise, será o da imparcialidade e neutralidade do mediador ou conciliador, no qual ambos devem agir de forma imparcial de maneira a respeitar os pontos de vista das partes, visando sempre, oportunidades que possibilitem a solução do litígio.

A boa-fé é um princípio no qual é imprescindível a presença de sinceridade, honestidade, cooperação das partes, justiça e comunicação, para que todo o procedimento seja conduzido de forma justa e produtiva.

Se relacionando diretamente com a autonomia de vontades e, fundamentado na dignidade da pessoa humana, o princípio da voluntariedade e da decisão informada, segundo o artigo 1º, II, do anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, mantém as partes informadas quanto aos seus direitos e deveres, é dever do mediador.

Vejamos alguns exemplos de os métodos estarem explicitamente amparados pelo legislador no ordenamento jurídico;

“Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VII. acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

Art. 1012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

IV. julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;”

Também se encontram em algumas legislações próprias como, a Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96 e a Lei da Mediação – Lei 13.140/15:

“Lei de Arbitragem - Lei 9307/96. Artigo 3º: as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral;

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário;

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

§ 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento;

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Lei 13.140/15 Art. 1º, Parágrafo Único: a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes;

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça;”

2. Quando aplicar cada meio?

“Aja antes de falar e, portanto, fale de acordo com os seus atos.” (Confúcio)

A exata aplicação dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, se dará a partir do conhecimento e da distinção de cada um frente ao caso concreto.

A **Negociação** é o contato direto entre as partes que, por meio da conversação procuram fazer concessões recíprocas, mas, por razões emocionais e por falta de habilidades, muitas vezes a negociação acaba se frustrando. É comum que empresas contratem negociadores experientes que, com conhecimentos específicos conduzam negociações de altos valores, reconheça os limites e os interesses da outra parte. É vantajoso contratar profissionais para tal procedimento, uma vez que, com sua inteligência emocional, ou seja, não estando envolvido emocionalmente na negociação, eleve ambas as partes, objetivando e controlando o melhor andamento da situação e se atentando com que as partes permaneçam com foco nos negócios.

Importante destacar aqui que, nesta modalidade, não há a presença de um terceiro, sendo as próprias partes responsáveis e hábeis à resolução do conflito.

A **Mediação** se objetiva em reestabelecer a relação entre as partes, inclui-se a figura de um terceiro, o mediador, que age como um agente facilitador, conduzindo o diálogo, sem, contudo, ser o prolator de uma decisão ou de uma proposta à resolução do conflito, tendo como pressuposto, tão somente, auxiliar as pessoas frente ao impasse, a identificarem e criarem por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

É indicada, principalmente, nas hipóteses em que os litigantes desejam preservar ou restaurar vínculos. O mediador apenas ouve as versões e facilita a comunicação entre eles, através de técnicas da mediação, não podendo, em hipótese alguma, apresentar seu ponto de vista, fazer propostas ou dar soluções, ele é imparcial diante das partes.

Já a **Conciliação**, tendo como ator o conciliador, diferente do mediador, porque aquele primeiro, por sua vez, apresenta uma postura mais ativa, sugestiva e dentro da legalidade, é um terceiro que, não só facilita o entendimento entre as partes como, notadamente, interage com elas, apresentando caminhos não pensados antes para as soluções, advertindo-as e/ou alertando-as. O intermediador ativo, no Direito brasileiro é chamado de conciliador, indicado para conflitos com alusão a temas patrimoniais.

Na **Arbitragem**, um terceiro tem o poder de decisão, o árbitro, que prolata, efetivamente, uma sentença arbitral, com o mesmo efeito de uma sentença judicial. A arbitragem é protegida por uma lei própria, a Lei 9.307/96 e suas posteriores alterações pela Lei nº 13/129 de 26/05/2015, que determina regras e procedimentos próprios da atuação de uma entidade autônoma, a Câmara Arbitral, especializada na resolução de conflitos. Além de ouvir as versões e tentar chegar a um consenso, caso uma alternativa conciliatória não seja alcançada, deverá o árbitro proferir a decisão de natureza impositiva, atribuindo técnicas que, na maioria das vezes, foge do judiciário.

3. O advogado colaborador

“O fundamento das sociedades antigas era a violência. A base da nossa, contemporânea, é a concórdia sábia, a negação da violência.” (Tolstói)

Após o entendimento e distinção de cada modalidade dos Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos e suas modalidades especificidades, é notável a importância de um advogado colaborador, ou seja, que apresenta um perfil pacificador e de cooperação, não diretamente treinado ao litígio e a uma tendência de exploração ao que não é adverso. O papel do advogado é essencial para auxiliar as partes a sanar o conflito, apontando os reflexos legais dos assuntos tutelados no caso concreto.

A maior vantagem considerada à aplicação dos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos, diz respeito à celeridade do procedimento, tendo em vista que, **não há necessidade de apresentar petição**, podendo solucionar o impasse de forma extrajudicial em um escritório ou qualquer local que atenda melhor os interessados e onde seja possível manter o diálogo e havendo, também a possibilidade da existência da confidencialidade do mesmo, no caso da mediação e da conciliação.

Nesse sentido, cada vez mais o papel do advogado se torna eficiente, visto que, além de apresentar ao cliente uma solução rápida, pode também dar a ele a oportunidade de apresentar sua proposta para a resolução do impasse, sendo avaliada se poderá ou não trazer benefícios mútuos às partes.

O advogado qualificado e/ou capacitado através dos cursos sobre os Métodos Extrajudiciais, conta com mais uma função, a de mediador/conciliador, podendo ser remunerado conforme o combinado ou de acordo com os honorários advocatícios, tendo em vista, a previsão estabelecida no Código de Ética e Disciplina da OAB e às praticadas neste mercado que alcança a profissão do causídico;

“Art. 35. Os honorários advocatícios e sua eventual correção, bem como sua majoração decorrente do aumento dos atos judiciais que advierem como necessários, devem ser previstos em contrato escrito, qualquer que seja o objeto e o meio da prestação do serviço profissional, contendo todas as especificações e forma de pagamento, inclusive no caso de acordo.”

Cabe apor-se aqui, até como forma de ratificar a importância desta nova modalidade de método alternativo de solução de conflitos, atentando-se para a sua esmerada aplicabilidade prática e de cumprimento das regras vertentes de seu efeito, o insculpido no art.13 da Lei nº 13.140/2015:

“Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

Diante o exposto, a função do advogado na administração da justiça é destacada na Constituição Federal;

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

4. Aplicando a teoria dos jogos

**“Tudo se faz por contraste; da luta dos contrários nasce a mais bela harmonia.”
(Heráclito)**

A teoria dos jogos é uma interação estratégica entre as partes. Ou seja, torna-se evidente quando os participantes em uma determinada situação tem uma clara noção de que a decisão tomada por qualquer um deles, vai afetar ambas as partes. São atividades inter-relacionadas em que se tem o compartilhamento tático no qual atitudes terão efeitos diretos à outra parte.

Alguns exemplos de decisões dentro do Direito que é perfeitamente cabível a aplicação da teoria dos jogos, são:

- Uma sociedade empresária que está “mal das pernas”, terá que decidir se precisará ou não de recuperação judiciária;
- Decisão da diretoria de uma sociedade anônima;
- Decisão de acionista controlador ou acionista minoritário em uma determinada situação;
- Decisões que afetam todos os tipos de contratos, entre outras tantas cabíveis na ciência jurídica.

Tais decisões afetam diretamente as partes envolvidas, pela presença de uma interdependência mútua quanto à sua resolutividade e o alcance da mesma em relação a elas (partes). Decorrem de decisões em questões lógicas, e não necessariamente emocionais, uma vez que, a teoria dos jogos deixa de lado a emoção e trabalha com os critérios objetivos da relação.

Essa ferramenta facilita a compreensão de como algumas pessoas tomam decisões, sem que haja necessidade de precisar estar junto a ela, e até mesmo sem saber em quais contextos tal decisão foi tomada.

Em um jogo de xadrez, pensamos nas jogadas subsequentes, se iremos ou não fazer tal movimento de acordo com o que o oponente fez. Essa possibilidade de tomar a decisão ou avaliar a situação de acordo com o que o outro fez, está relacionada diretamente aos critérios objetivos.

Os pontos de partida para o uso de tal ferramenta, são os modelos, elementos selecionados para a tomada de decisões, sendo tópicos objetivos que ajudarão no processo decisório de uma maneira mais estratégica, só permitindo tais resultados, se respeitados os modelos.

A teoria diz respeito a análise das situações de conflitos e cooperação vividas entre jogadores que dependem de ações e comportamentos de seus oponentes, visto que, um resultado positivo só é alcançado se houver uma união das partes. Como cada jogador é um elemento modificador do jogo, se apropriados de informações, mas agindo de maneira restrita, prejudicarão suas ações e decisões, de maneira que, ocorra uma auto sabotagem.

Como diz Fernando Barrichelo, no livro A Teoria dos Jogos (2016, p.62):

“A Teoria dos Jogos sugere algumas técnicas para lidar com cenários complexos, mapeando jogadores, estratégias, resultados, incentivos e avaliando a sequência de ações e reações antes de tomar uma decisão. Alguns poderiam dizer que tudo isso é muito intuitivo e não é preciso da Teoria dos Jogos ou qualquer outra ferramenta. Indivíduos, empresas, governos e exércitos já pensam por antecipação há séculos. Isso pode ser verdade, mas é incompleto. Perder peso é intuitivo, basta controlar a alimentação e fazer exercício. Ser intuitivo não significa ser fácil. Se tudo se baseasse na intuição de antecipar movimentos, não existiriam tantos tropeços estratégicos de empresas e pessoas. A função de qualquer modelo de decisão é organizar o raciocínio e facilitar a comunicação. Existem várias pessoas com raciocínio muito bem organizado a ponto de conseguir mapear mentalmente todas as possibilidades, perfil dos demais jogadores, ações e reações, sem necessidade

de técnicas, artifícios e analogias. Entretanto, como essa habilidade é muito individual, dificilmente essa pessoa consegue explicar os motivos da decisão e todo cenários de forma didática para compartilhar com os pares.

A Teoria dos Jogos oferece um modelo para essa comunicação. Como analogia, imagine qualquer outro modelo de economia e estratégia. As cinco forças de Porter, por exemplo, além de organizar o raciocínio nos cenários competitivos, ajuda um grupo de pessoas a focar em partes, encapsulando todo o contexto em cinco características (Novos Entrantes, Fornecedores, Clientes, Produtos Substitutos e Rivalidade dos Concorrentes). Uma pessoa com raciocínio estruturado poderia imaginar todo o cenário de forma intuitiva, mas dificilmente poderia se comunicar tão efetivamente se não existisse esse modelo de abordagem.”

5. Uma ferramenta importante

“Não creias demais nas cores das coisas.” (Virgílio)

É fundamental para o profissional do Direito, que pretende se destacar na resolução dos conflitos extrajudiciais que, além das técnicas necessárias para a aplicação de cada um dos meios, entenda a importância da neurolinguística na vida do ser humano.

Programação Neurolinguística, conhecida por PNL, é uma ciência usada para *hackear* o cérebro humano a partir do conhecimento da mente e em, como funciona e se programa de forma que nosso sistema entenda e coloque em prática o que lhe é passado.

O objetivo do estudo da PNL é, não só entender a nós mesmos, como para nos comunicarmos com o outro de uma forma em que cheguemos em uma determinada solução que seja boa para ambos. A possibilidade de poder usar em outra pessoa o que se conhece e entende sobre a mente, resulta nas mais harmônicas convivências, uma vez que, com a possibilidade de se portar como um terceiro, um observador da discussão, e não só participante direto defendendo um só lado, ajuda a ver os dois pontos de vista, tendo uma melhor solução para o litígio.

“A esta altura, já deve estar claro que a PNL se baseia em princípios bem diferentes da psicologia tradicional. Enquanto a psicologia clínica tradicional se preocupa basicamente em descrever dificuldades, classificá-las e buscar suas causas históricas, a PNL está interessada em como nossos pensamentos, ações e sensações funcionam juntos, agora mesmo, para produzirem nossa experiência. Fundamentada nas modernas ciências da biologia, linguística e informação, a PNL começa com novos princípios sobre como funciona a relação mente/cérebro.

Estes princípios chamam-se Pressupostos da PNL em uma única frase, esta seria: as pessoas funcionam perfeitamente. Nossos pensamentos, ações e sensações específicas produzem coerentemente resultados específicos. Podemos nos sentir, felizes ou infelizes com os resultados, mas se repetirmos os mesmos pensamentos, ações e sensações os resultados serão os mesmos. O processo funciona perfeitamente. Se quisermos mudar os resultados que obtemos, teremos então que mudar os pensamentos, ações e sentimentos que os produzem. Uma vez tendo compreendido especificamente como criamos e mantemos nossos pensamentos e sensações mais íntimas, será questão melhores ensiná-los às outras pessoas. Os Pressupostos da PNL são os fundamentos para se fazer exatamente isso.”

(Programação Neurolinguística; a nova tecnologia do sucesso; Steve Andreas e Charles Faulkner, 1995, p.24)

5.1. Um olhar inovador - “Liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem.” (Montesquieu)

Todas as áreas do mercado de trabalho vêm passando por uma grande evolução em razão da tecnologia e com o ramo do direito não é diferente. Tais mudanças estão trazendo um resultado mais efetivo para quem está sendo apoiado por profissionais que acompanham essa revolução, uma vez que, tudo vem sendo criado e modificado constantemente.

Ao passo que a tecnologia vem crescendo, são gerados efeitos que precisam ser corrigidos e é fundamental o papel do advogado, seja na área de direito digital, riscos cibernéticos, proteção de dados, ou na área das startups por exemplo, e em qualquer outro aspecto que circula a forma de prestar o serviço jurídico, de oferecer ao cliente o direito propriamente dito.

Podemos acrescentar à essa realidade, o conceito de mundo VUCA, que é um acrônimo das palavras em inglês: Volatility, Uncertainty, Complexity e Ambiguity, ou seja, Volatilidade, Incerteza, Complexidade e Ambiguidade. Conceito este que surgiu no vocabulário americano na década de 90 para traduzir os cenários instáveis e muitas vezes complexos dos campos de guerra. Posteriormente o termo veio sendo cada vez mais citado e utilizado no mundo dos negócios e atualmente, está imerso no ramo do direito. O conceito expressa a complexidade da nossa sociedade contemporânea, devido à interconexão, interdependência e à globalização, situações que refletem muito no convívio atual.

O mundo de hoje está cada vez mais acelerado, e as organizações estão sentindo os impactos dessas mudanças velozes ocasionadas pela conectividade e pelos avanços tecnológicos, gerando incertezas e tornando as relações mais

complexas, aumentando a ambiguidade e a imprevisibilidade sobre o futuro. As soluções do século XX, não são mais eficientes para os desafios do século XXI.

O mundo VUCA permite criar abordagens mais criativas, inovadoras e mais ágeis, fazendo prosperar as empresas que, apesar das dificuldades, são resistentes ao caos, se reinventam e são rápidas na percepção da necessidade de se refazer em cenários complexos e imprevisíveis.

E como aplicar a advocacia nesse atual cenário?

Atualmente temos as chamadas lawtechs e legaltechs, empresas de tecnologias focadas no mercado jurídico, que contribuem de alguma forma com a vida do advogado individual, do advogado corporativo ou do escritório. Geralmente são estruturadas em formato de startups, ou seja, negócios pequenos que apresentam uma constante transformação e uma crescente postura no mercado. A tecnologia deixa de ser algo distante da realidade do advogado, e passa a integrar o centro do negócio jurídico. Existem alguns tipos de modelos como, os que conectam advogados com clientes ou advogados com correspondentes, modelos de automação, onde existem plataformas de automação de documentos e modelos de plataformas voltadas para a resolução de conflitos, que além de desobstruir o judiciário, torna possível reduzir até milhões de reais de uma determinada empresa a partir de uma plataforma de negociação.

Esta plataforma, por sua vez, por exemplo, poderá reduzir custos que as grandes empresas têm em ações, considerando não fazer sentido acompanhar ações volumosas no judiciário, por grandes custos administrativos se, as negociações podem ser feitas de uma forma segura que, além de reduzir consideravelmente os valores provisionados para uma ação, manterá uma relação profissional sadia e agradável entre as partes

Como a tecnologia está agindo com muita intensidade pelo mundo e os desafios tecnológicos são muito grandes, é viabilizado um espaço especial para o chamado novo advogado, que usa a tecnologia para inovar e se permitir atuar nas questões mais estratégicas com maior foco, uma vez que a tecnologia fica por conta das atividades burocráticas que trazem pouco valor, enquanto os advogados se preparam mais, com possibilidades de se esmerar, aprender e obter maior conhecimento holístico sobre cada caso e buscar soluções jurídicas que efetivamente resolvem os problemas do mercado.

Conclusão

Diante da temática, é nítida e urgente a necessidade da renovação no sistema jurídico, com os avanços tecnológicos a sociedade caminha mais rápido, e com isso os atritos entre os cidadãos são incontroláveis. A aplicação dos Meios Extrajudiciais na Resolução dos Litígios, visa buscar uma maior forma de interação entre os indivíduos, tornando-os cada vez mais ativos e colaborativos em diálogos abertos e diretos, facilitando as funções do Poder Judiciário no estrito cumprimento de seus deveres, se tornando cada vez mais eficaz para as causas em que o acionamento deste é inevitável.

É necessário, no mundo hodierno, se aliar às inovações. A realidade se torna cada vez mais horizontalizada, viabilizando um mercado com ideias práticas, onde o argumento de autoridade, usado por tempos pelos profissionais do Direito, não é mais válido, sendo necessário estar sempre atento às interações humanas.

Com isso, o profissional capacitado para criar a melhor solução, pode se destacar com o papel colaborativo frente à cada situação, tornando o ambiente protegido de diálogo e com uma grande troca de saberes, cada vez mais valorizado por sua capacidade de lidar com o indivíduo, fazendo da empatia, a principal qualidade do profissional do futuro.

Referências:

Biografia Franz Kafka. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Franz_Kafka>
Acessado em: 15 mar.2020

Pesquisa CNJ. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/morosidade-processual-corresponde-a-50-das-demandas-na-ouvidoria-do-cnj/>> acesso em: 23 mar. 2020.

PIRES, Camila. MUNDO VUCA: O QUE É E COMO SE PREPARAR. disponível em:

<<https://redeindigo.com.br/mundo-vuca-preparar/>> acesso em: 29 mar.2020

LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015 - LEI DE MEDIAÇÃO. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 – LEI DE ARBITRAGEM. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>

RESOLUÇÃO 125/2010 CNJ. Disponível em:

<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf>
Acesso em: 24 mar. 2020.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>

Teoria Geral do Processo- Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. (2013, p. 59).

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

DA ADVOCACIA. Disponível em:

<https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_133.asp>

Notícia TJSP sobre aplicação de PNL no ramo jurídico. Disponível em:

<<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=58621>> acesso em: 02 abr. 2020.

Teoria dos Jogos, dissertação revista FUMEC. Disponível em:

<<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5493>> acesso em: 06 abr. 2020.

Livro: A Teoria dos Jogos; Fernando Barrichelo; 2016, acesso em: 07 abr. 2020.

RESÍDUOS SÓLIDOS: POLÍTICAS PÚBLICAS APLICADAS PELO ESTADO E A CONSCIENTIZAÇÃO DA SOCIEDADE

JAIRO NAZARO DOS SANTOS:

Bacharelado pelo Centro Universitário São Lucas - Ji-Paraná - RO

ADEMAR ROBERTO WILDNER JÚNIOR

(autor)

RENATA MIRANDA DE LIMA

(orientadora)

RESUMO: O meio ambiente é considerado como um direito difuso, devido sua ampla transindividualidade, sendo ainda de natureza indivisível, isto é, um bem pertencente a coletividade, constitucionalmente reconhecido pela Constituição Federal em seu artigo 225, por esta razão é dever de todos sua proteção e preservação. No entanto, em razão do consumismo aumentou a produção dos resíduos sólidos, que são bens descartados resultantes das atividades humanas, provenientes das residências, indústrias, hospitais, comércios ou da agricultura causando diversos impactos ambientais, e conseqüentemente atingindo a sadia qualidade de vida garantida pela constituição à população, surgindo então a necessidade da conscientização a respeito do manejo dos resíduos sólidos. Desse modo, foi instituída a Política Nacional de Resíduos sólidos - PNRS, qual tem por finalidade reduzir, reciclar, oferecer tratamento aos resíduos desde a coleta até seu desfecho final adequado, mediante orientações para uma gestão ambientalmente adequada desses resíduos, incentivando a criação de planos de gestão, quais sejam Estaduais, intergeracionais, Municipais ou intermunicipais, que devem seguir a ordem de prioridade para a criação de um plano de gestão, bem como no processo de planejamento incluir a participação popular, de modo a atender a real necessidade de cada região, promovendo meios com fim de extinguir esta problemática, assim como instigando a mudança de hábitos por parte da população a respeito do descarte consciente de resíduos sólidos, garantindo a preservação da ambiência local e conseqüentemente a sadia qualidade de vida.

Palavras – chave: Meio Ambiente. Resíduos sólidos. Conscientização.

ABSTRACT: The environment is considered a diffuse right, due to its wide transindividuality, being still of indivisible nature, that is, a good belonging to the collectivity, constitutionally recognized by the Federal Constitution in its article 225, for this reason it is the duty of all its protection and preservation. However, due to consumerism, the production of solid residues increased, which are discarded goods resulting from human activities, coming from homes, industries, hospitals, shops or

agriculture causing various environmental impacts, and consequently reaching the healthy quality of life guaranteed by constitution to the population, then the need arises to raise awareness about the management of solid waste. In this way, the National Solid Waste Policy - PNRS was instituted, which aims to reduce, recycle, offer treatment to waste from collection to its proper final outcome, through guidelines for the environmentally appropriate management of this waste, encouraging the creation of plans management, which are State, intergenerational, Municipal or intermunicipal, which must follow the order of priority for the creation of a management plan, as well as in the planning process include the popular partition, in order to meet the real need of each region, promoting means to extinguish this problem, as well as instigating a change in habits on the part of the population regarding the conscious disposal of solid waste, guaranteeing the preservation of the local ambience and consequently the healthy quality of life.

Keywords: Environment. Solid wast. Awareness.

Sumário: Introdução; 1.Meio ambiente como direito difuso; 1.1Transindividualidade; 1.2 Indivisibilidade; 2. Impactos ambientais advindos do despejo irregular de resíduos sólidos, 3. A lei de resíduos sólidos – 12.305/2010 – PNRS; 3.1 Ordem de prioridade na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos – Lei nº 12.305/2010; 4. A importância da gestão dos resíduos sólidos e adoção de plano de resíduos sólidos pelos estados e municípios; 5.A participação social na políticas de elaboração dos planos – gestão socioambiental; 5.1 Políticas e planos Estaduais, Municipais e Intermunicipais em apoio à implementação da política e do Plano Nacional de Resíduos Sólidos; 6. A educação ambiental e conscientização da sociedade; Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

Muito embora não existam dúvidas a respeito da relação entre meio ambiente com a sadia qualidade de vida, esta percepção se torna ainda mais clara a partir da compreensão dos resíduos sólidos e as consequências advindas de seu despejo irregular.

Nesse contexto, a cognição do meio ambiente como direito difuso, estende sua proteção, vez que este é considerado um patrimônio de todos, sendo reconhecido pela Constituição Federal em seu artigo 225, logo depende de todos sua preservação de modo a garantir a sadia qualidade de vida.

No entanto o uso abusivo dos bens de consumo decorrentes do aumento da produção de resíduos sólidos em razão do desenvolvimento econômico incentivado pelo consumismo, contribuindo assim para os impactos ambientais e

consequentemente colocando em risco a sadia qualidade de vida, posto o aumento do despejo irregular dos resíduos sólidos.

Os efeitos adversos oriundos do despejo irregular de resíduos sólidos são causados pelo consumismo, dado a desmoderada necessidade do ser humano em adquirir bens de consumo frente a finitude dos recursos naturais, causando desequilíbrio ambiental, gerando a necessidade da intervenção para prevenção do meio ambiente, visto esse ser um direito de 3ª geração reconhecido pelo STF qual sua integridade e titularidade pertence a todos, posto sua essencialidade inerente a qualidade de vida sadia.

Visando solucionar os impasses gerados pelo resíduos sólidos, na data de agosto de 2010 a Lei n. 12.305/2010 foi aprovada e sancionada, qual institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, disponibilizando diretrizes a serem seguidas a fim de orientar uma gestão adequada dos resíduos sólidos, baseando-se em princípios voltado a proteção do meio ambiente e das comunidades.

Com base na Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS nascem os Planos Estaduais de Resíduos Sólidos, Planos Microrregionais de Resíduos Sólidos, Planos Intermunicipais de Resíduos Sólidos e Planos de Gerenciamento de Resíduos Sólidos que atendem a real necessidade de cada região, qual inclusive deve conter durante o processo de elaboração de cada Plano a participação popular, vez que este garante a eficácia da responsabilidade compartilhada, pois a preocupação em assuntos relacionados ao meio ambiente e saúde de vida é dever de todos.

Assim, os Planos, sejam eles Estaduais, intergeracionais, municipais ou intermunicipais, são fundamentais para o cumprimento das metas estabelecidas contribuindo para a construção de políticas públicas e ações voltadas para o gerenciamento e manejo adequado dos resíduos sólidos.

Contudo, os Planos adotados só podem ser eficazes mediante a conscientização da sociedade, que quando participa da elaboração destes contribuem para o melhor gerenciamento, posto a observação da real necessidade de cada região bem como diretrizes apontadas a sanar os impasses destas.

Visto isso, é significativa a educação social voltada ao meio ambiente e conscientização dos resíduos sólidos. Nesse sentido, pautou-se o presente artigo a discorrer de assuntos fundamentais para a informação do despejo regular.

Para isso foi realizada uma pesquisa de natureza exploratória a respeito do referido tema mediante investigação em doutrinas diversas, sites eletrônicos e legislação atual, com fim de despertar o despejo regular dos resíduos sólidos,

adotando as diretrizes da PNRS, principalmente as possibilidades de reutilização, incentivando mudança de hábitos e comportamentos sociais, respeitando a integridade do meio ambiente garantida constitucionalmente a todos.

1. Meio ambiente como direito difuso

Os direitos transindividuais são decorrentes da evolução social, qual exigiu do legislador proteção aos bens de natureza coletiva, a classificação destes leva em consideração a titularidade, divisibilidade e origem do direito material, compactuando de interesses e pretensões próprias, que por suas características, são adstritos a coletividade, deixando de ser um direito individual egoísta, onde o núcleo não está mais somente em um indivíduo, mas sim no coletivo, e sua titularidade se encontra dispersa neste.

Esse direito transindividual, também designado direito coletivo em sentido amplo, foi devidamente classificado pelo código de defesa do consumidor, em três grupos: Direito coletivo em sentido estrito, Direito difuso e Direito individual homogêneo, assim descreve o artigo 81 do referido código:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Pelo dispositivo legal supramencionado, entende-se por difuso, o direito qual não é possível determinar seu sujeito, logo é indisponível, ou seja, uma ampla

transindividualidade, tendo ainda seu objeto característica indivisível, assim como ao direito de um meio ambiente hídrico.

Quanto ao direito coletivo em sentido estrito compreende os direitos que possuem natureza individual e indivisível, diferente dos difusos, aqui é possível a determinação dos sujeitos, pois seus direitos são pertencentes a certa classe, categoria ou grupo de pessoas determináveis, como por exemplo os direitos dos condôminos.

No que tange ao direito individual homogêneo, este se refere aos direitos de característica homogênea são resultantes de origem comum, seus titulares são determinados, enquanto seu objeto é divisível, com fim de unir diversas demandas em uma coletiva, contudo não existe impedimento a tutela titular para garantia do mesmo, como por exemplo a intoxicação de vários consumidores advinda de um alimento.

O meio ambiente é considerado o maior patrimônio inerente a todos, e por esta razão se constitui um direito-dever irrenunciável, cabendo a todos sua proteção, ou seja, não está relacionado a um determinado grupo, classe ou organização, sendo compreendido como um direito de todos, portanto, difuso, de modo que distribua entre a sociedade a responsabilidade de sua proteção e preservação.

Por este motivo reconhece a Constituição Federal o meio ambiente como direito difuso, que significa espalhado, classificado como um direito fundamental de terceira dimensão. Desse modo:

(...) diferentemente das categorias anteriores, **sua defesa não se expressa pela tutela do direito de liberdade de um indivíduo em face de seu respectivo Estado, ou pela implementação dos direitos de uma determinada categoria desfavorecida. Aqui, já se trata de defender os direitos de toda humanidade**, de modo que os Estados devem respeitá-los independentemente da existência de vínculo de nacionalidade com seus titulares (neste aspecto, estes podem ser considerados 'cidadãos do mundo', e não de um determinado país) e, de eles se encontrarem ou não em seu território. Aliás, por humanidade compreende-se, até mesmo, as gerações futuras, os seres humanos que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2017, p. 4) (*Grifo nosso*).

Trata-se da titularidade dos direitos transindividuais, vez que esta transcende o direito subjetivo de cada cidadão, não pertencendo a ninguém de maneira particular, como no caso do direito transindividual homogêneo, ou mesmo de uma determinada categoria, como o direito coletivo em sentido estrito, pois inúmeros grupos podem ser titulares de seus direitos, classes ou categorias de pessoas, algumas inclusive determinadas. Por esse motivo o meio ambiente se classifica como direito difuso.

Nesse entendimento, Kim, esclarece

Discordando daqueles que entendem que no caso dos direitos transindividuais, em especial, no caso dos direitos difusos os titulares dos direitos, no nosso entender, não há dúvida de que os titulares são todos os cidadãos componentes da sociedade. Aliás, o titular dos direitos individuais são sempre os cidadãos, que sofrerão as consequências da violação a esses direitos coletivos e difusos (2012, p. 19-20).

Em função dessa impossível identificação quanto a titularidade dos direitos transindividuais, principalmente ao difuso, surge assim o dever para com o Estado de proteger, esses direitos, se tratando ainda de direitos fundamentais, bem como assegura o artigo 225 CF/88 em reverência a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, tocante a proteção do meio ambiente, qual já fora pacificada pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 22.164/1995, considera sua natureza indivisível, conforme teor:

O DIREITO A INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE - TÍPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSÃO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUÍDO, NÃO AO INDIVÍDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, A PRÓPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. ENQUANTO OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS) - QUE COMPREENDEM AS LIBERDADES CLÁSSICAS, NEGATIVAS OU FORMAIS - REALÇAM O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS) - QUE SE IDENTIFICA COM AS

LIBERDADES POSITIVAS, REAIS OU CONCRETAS - ACENTUAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUIDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE

(MS 22164, Relator: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155).

Ademais, a existência de propriedade privada sobre determinado bem ambiental, não excluem as características de direito transindividual, fundamental de 3ª geração, pois como assim ressalta o artigo 225 CF/88 que o direito ao meio ambiente não somente se enquadra a um bem de uso comum, mas sim essencial à sadia qualidade de vida, de modo que não podem transacionar ou dispor deste, sem que garanta o mínimo desenvolvimento para as próximas gerações.

Nesse contexto, a respeito da natureza do meio ambiente, insta enfatizar as características acopladas a este direito, tem-se: a transindividualidade e a indivisibilidade, que serão discutidas adiante.

1.1 Transindividualidade

Considerado como um bem de uso comum, como direito difuso, de modo que não pertence a ninguém em particular, vez que sua titularidade é exercida de maneira indeterminada, assim cabe a todos sua proteção, bem como é de responsabilidade os riscos ocasionados por sua degradação, pois é garantido constitucionalmente a todos, estando acima dos direitos particulares.

Nesse sentido, idôneo reconhecer o Princípio da Solidariedade e da Igualdade, como basilares dos Direitos de 3ª geração, vez que empreende titularidade coletiva, qual confere, de modo genérico a todas as formações sociais, reconhecendo que a Constituição elevou este a um direito de uso comum do povo, sendo essencial a garantia de vida saudável, ainda devendo ser preservado.

Portanto a preservação referente ao meio ambiente é de responsabilidade tanto pelo poder público quanto pela coletividade, de modo a garantir seu uso para as futuras gerações, uma vez que este está relacionado ao Direito a vida, que somente é possível se assim garantido um ambiente saudável e equilibrado. Como assim descreve o caput do artigo 225 CF/88:

Art. 225. **Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (*Grifo nosso*).

Entre as considerações referente ao direito ao meio ambiente, como direito e garantia individual, a Constituição Federal ao estabelecer obrigações pelo cumprimento da função social da propriedade, garante, assim, legitimidade para qualquer cidadão propor ação popular, para querendo, anule algum ato lesivo ao meio ambiente, inclusive com isenção de custas judiciais e eventuais ônus de sucumbência.

Ressaltando que, não implica incompatibilidade o art. 170 da CF/88 a tratar da ordem econômica com o 225 do mesmo diploma legal, referente a proteção do meio ambiente, observando o Princípio do desenvolvimento sustentável.

1.2 Indivisibilidade

Atinente a plurividualidade do meio ambiente, este é indivisível, de modo que a todos pertence, contudo ninguém em particular o possui, onde seus titulares não são unidos por vínculos jurídicos, mas sim por circunstâncias fáticas conexas.

Muito embora sua composição consista em bens jurídicos, tais como, a água, construções históricas, bosques, dentre outros, que podem ser apropriados, desde que observe as prescrições legais. Contudo, resta evidenciar sua indisponibilidade.

De maneira clara Dionísio Birnfeld (2011, p. 01), define que, "em síntese o meio ambiente é um macrobem autônomo, unitário, integrado, incorpóreo e imaterial, formado por microbens **de uso comum do povo e de interesse público**, revestido de fundamentalidade para o Homem" (*Grifo Nosso*).

Partindo do mesmo entendimento, compartilha Hugo Nigro:

Pode-se afirmar que a pretensão ao meio ambiente hígido, posto **compartilhada por número indeterminável de**

peças, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade. Também o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio interesse em si é indivisível (...) (MAZZILLI, 2005, p. 142) (*Grifo nosso*).

O meio Ambiente, sendo ele único, possui natureza indivisível, sendo esta derivada da indeterminação de seus titulares, de modo que, sua distribuição seja justa e acessível a todos, pois todo ato benéfico ou prejudicial irá alcançar a todos titulares desse direito. Assim, confirma Abelha:

O interesse difuso é assim entendido porque, objetivamente estrutura-se como interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um ou, por outras palavras, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere à norma em questão (ABELHA, 2004, p. 43).

Acrescentando Mancuso (2001, p. 83), “os interesses difusos são indivisíveis, no sentido de serem insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoa ou grupos estabelecidos”.

Nesta análise, conforme natureza jurídica do meio ambiente, compreende-se que este é pertencente a cada indivíduo, mas também de todos simultaneamente, de modo que não se torna possível sua divisão, pois transcende o interesse particular, por essa razão possui característica indivisível.

A divisão do meio ambiente por aspectos que o compõem, tende a facilitar a identificação da atividade degradante, assim como do bem agredido, classificando-o para uma melhor compreensão do meio lesado, qual desonrou o direito constitucional da vida saudável. Diante disto, o meio ambiente de maneira ampla é entendido a partir da definição da Lei 6.938/81, em seu artigo 3º, inciso I que assim descreve: “(...) conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Ocorre que esta definição se deu na década de 80 quando ainda este era somente classificado como natural, não havia os desdobramentos como o meio ambiente artificial, cultural e do trabalho.

De maneira mais clara e atual, a definição de meio ambiente natural está ligada aos recursos naturais, se tratando de meio ambiente ecologicamente equilibrado, qual englobam a fauna, flora, atmosfera e o solo, abrangendo o que não houve ainda interferência humana. Enquanto no Ambiente artificial, com previsão no artigo 182 da CF, onde é notável a presença de espaços já construídos, visando o desenvolvimento das funções sociais, sem, contudo, interferir no direito ao meio ambiente saudável.

Consoante ao meio ambiente cultural, este tem por base o decreto Lei n. 25/1937, se refere aos bens materiais e imateriais, todo patrimônio histórico, artístico, paisagístico e paleontológico. Estes são classificados como meio ambiente material corpóreo, quanto ao incorpóreo está relacionado a cultura, modo de fazer. Ambos são protegidos pela Constituição federal, em seu artigo 216, de maneira exemplificativa, por tombamento, registro, inventário e desapropriação dentre outras possibilidades.

Ainda, em observância ao artigo 200 da CF, mesmo que de forma indireta, este apresenta o meio ambiente laboral, com escopo a proteção do trabalhador, considerando as normas de segurança do trabalho, como por exemplo a salubridade do ambiente.

Vide as considerações ao meio ambiente, necessário se faz explanar a respeito de sua tríplice dimensão, qual engloba as dimensões individuais, sociais e intergeracionais, ou seja, havendo dano a quaisquer uma dessas parcelas, seja esta natural, artificial, cultural ou laboral, caberá ação popular, nos termos do artigo 5º LXXIII, exceto para Pessoas Jurídicas.

Muito embora ser um direito Constitucional pertencente a todos, vale compreender sua característica individual, posto que este não afasta o caráter difuso do meio ambiente sendo este acoplado às condições de sadia qualidade de vida, como bem expõe Afonso Machado:

Com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o indivíduo tem direito a uma vida digna. Não basta manter-se vivo, é preciso que se viva com qualidade, o que implica conjunção de fatores como saúde, educação e produto interno bruto, segundo padrões elaborados pela Organização das Nações Unidas (MACHADO, 2002, p. 46)

Destarte, um ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto Direito Fundamental humano, de modo que sua proteção garanta vida sadia, e não um ambiente inóspito. Desse modo, com fulcro no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, consubstanciado ao teor do artigo 225, declara que todo indivíduo tem direito a uma vida digna.

Referente ao fator social, em que pese a individualidade, como já mencionado cumpre relembrar que o meio ambiente, pertence a todos. Entretanto cada indivíduo possui seu interesse. À vista disso, é dever da coletividade e do poder público protegê-lo, bem como preservá-lo.

Diante do Estado Democrático de Direito, por sua essência, considerar-se-á a vontade do povo, de modo que sua solicitude seja para o bem comum, mediante a participação social. Como assim a Carta Magna dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição (*grifo nosso*).

Trata-se portanto do meio ambiente como direito fundamental, embora não previsto no artigo 5º, mas contudo conta com a devida participação social para que haja efetividade quanto os direitos fundamentais, por se tratar de uso de bem comum do povo, que deve ser acompanhado do princípio do equilíbrio, do limite, do poluidor pagador, entre outros que intencionam preservá-lo a fim de garantir o desenvolvimento sustentável, visto que seu desenvolvimento de maneira sadia implica na qualidade de vida saudável.

Ainda, relevante enfatizar que a característica social, está ligada com a individual, vez que a constituição garante o direito a um ambiente hígido, tal qual, a sociedade tem o dever de preservar, em nome da sadia qualidade de vida. Assim explica Mirra (2002, p. 47):

Meio ambiente é bem unitário global, composto pelos seguintes bens ambientais: solo, água, ar, espécies da fauna e da flora, recursos genéticos, ecossistemas, processos

ecológicos, paisagens, bens e valores culturais. Enfatiza, ainda, quanto ao meio ambiente globalmente considerado, enquanto **bem de uso comum do povo**, que seu regime é de permanente indisponibilidade e inapropriabilidade, conseqüentemente, será fruído coletivamente, solidário com as futuras gerações (*Grifo nosso*).

Preservar, é, portanto, garantir às gerações futuras o direito a qualidade de vida sadia mediante processos ecológicos essenciais, como o manejo ecológico das espécies e ecossistema, visando um ambiente equilibrado e saudável.

Partindo desse entendimento, acrescenta Paulo Affonso, 2002, p.55. “Os bens que integram o meio ambiente planetário, como a água, o ar e o solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra”.

Nesse contexto, o meio ambiente é considerado uma extensão ao direito a vida, como já mencionado, o que resulta em sua essencialidade para a continuidade da vida, sendo obrigatória a sua preservação de modo a garantir o direito constitucional a um meio ambiente devidamente equilibrado e sadio.

Por fim, em atenção ao caráter tríplice do Direito Fundamental ao meio ambiente, tendo em vista este liame entre a dimensão individual e a social, é somente através da intergeracionalidade que se vincula o caráter preservativo meio ambiente, dado que incumbe a conscientização através da evolução que garante a preservação.

Contudo, a geração atual tem o dever enquanto cidadãos de direito, observando os Princípios Constitucionais, concretizar as garantias constitucionais vide ao meio ambiente como direito a vida. Desse modo, é de suma importância a participação em políticas públicas, bem como a conscientização, visando assegurar um meio ambiente equilibrado para as gerações futuras, e assim, respectivamente.

2. Impactos ambientais advindos do despejo irregular de resíduos sólidos

Os resíduos sólidos são materiais, substâncias e bens descartados resultantes das atividades humanas, provenientes das residências, indústrias, hospitais, comércios ou da agricultura. Podendo ser classificados, de acordo com a Lei de Resíduos sólidos em domiciliar, públicos e especiais.

Muitos desses resíduos sólidos são materiais recicláveis e podem retornar a cadeia produtiva, gerando emprego renda e novos materiais. No entanto para que isso ocorra, necessário a existência de um sistema de coleta seletiva, bem como

unidade de triagem e indústria de reciclagem, pois o despejo irregular, como exemplo em aterros levam décadas ou até séculos para serem decompostos.

De acordo com a classificação da Lei de Resíduos sólidos, qual será melhor aprofundada em tópico posterior tem-se por resíduos quatro classificações: secos, úmidos, perigosos e rejeitos. A respeito dos resíduos secos estes englobam os papéis, plásticos, vidros e metais, quais são separados pelo serviço de triagem e enviados a uma indústria de reciclagem.

Quanto aos resíduos úmidos esses consistem nos restos de alimentos crus ou já cozidos, uma das formas de evitar este é optar pela limitação de desperdício e encaminhamentos dos mesmos até um serviço de compostagem, para que este possa ser utilizado como adubo.

No tocante aos resíduos perigosos, nessa classificação se destacam as pilhas, baterias, lâmpadas fluorescentes, eletroeletrônicos e seus componentes e medicamentos, considerados perigosos devido suas substâncias tóxicas em contato com o meio ambiente.

Em se tratando de resíduos que não possuem maneira de serem reaproveitados, como papel higiênico e fraldas, estes são denominados de rejeitos. Sendo estes os únicos que deverão ir para o aterro sanitário para serem enterrados e tratados, podendo ao final o local do aterro ser recuperado mediante um reflorestamento ambiental.

A produção de resíduos sólidos tem sua incipiência com a mineração, segundo o Ministério do meio ambiente, pois mediante a mineração que ocorre a produção da matéria prima vindo a se tornar um bem de consumo. Perfazendo um ciclo, composto por produção, consumo e decomposição. No entanto, este ciclo não funciona da maneira mais eficiente, visto que a decomposição ou mesmo a reciclagem dos resíduos sólidos não acompanham os recursos naturais e as necessidades humanas crescem em ritmo muito mais acelerado (MMA, 2019).

Nesse seguimento, descreve Costa (2009, s/p), "O que a gente percebe é que a geração de lixo aumenta no Brasil, mas a destinação adequada, a reciclagem, a recuperação, não acompanham esse crescimento na geração".

À vista disso, considerando o ciclo de produção, consumo e decomposição, é nítido que enquanto a produção de lixo aumenta, devido as alterações do estilo de vida, tais quais, destacam-se o desenvolvimento econômico, urbanização, revolução tecnológica, em contrapartida a destinação adequada, bem como a reciclagem tende a não acompanhar o crescimento, fatores estes que contribuíram para o aumento da

produção de resíduos sólidos, não observando a maneira adequada de lidar com os resíduos sólidos.

Como precursor dos resíduos sólidos, destacam-se: residência, comércio, serviços municipais, indústrias, construções, demolições, centrais destinadas ao tratamento e instituições. Perceptível o quanto os resíduos sólidos estão penetrados na sociedade, em decorrência das produções de consumo, que ameaçam o meio ambiente, vez que o lançamento desses resíduos e o tratamento inadequado acarreta sérios danos ao meio ambiente, e conseqüentemente a saúde.

Os impactos gerados pelo despejo dos resíduos sólidos são uma das conseqüências do consumismo e aumento populacional, tendo em vista a perspectiva social de querer ganhar mais para poder gastar mais, não observando o modelo sustentável, vez que o modelo consumista incentiva a crescente necessidade humana infinita, ao passo que os recursos naturais que permitem a satisfação das necessidades humanas são finitos, causando um desequilíbrio ambiental.

Na abordagem de Barbosa (2004, p. 07):

Consumir, seja para fins de satisfação de 'necessidades básica' e/ou supérfluas', é uma atividade presente em toda e qualquer sociedade humana. Sociedade de Consumo define-se como aquela na qual as pessoas compram produtos, isso difere do ato de consumo de produtos supérfluos, não necessários à subsistência. A esse último atribui-se o termo "consumismo".

No entanto, a percepção do consumismo como responsável pelos impactos ao meio ambiente é premissa simples, considerando o uso de produtos descartáveis sem medida, utilização de produtos com utilidade programada, vez que estes já são produzidos com uma vitalidade menor de modo a ser mais vantajoso para o sistema de proteção, bem como o desejo ilimitado de consumir sem necessidade, aquisição de objetos modernos, de modo a caracterizar o consumo como aspecto inerente ao Impacto Ambiental.

Nesse seguimento, estudos modernos da psicologia Moser (2003), apresentam que a satisfação do ser humano está relacionada ao bem estar que o consumo proporciona, no entanto, este é efêmero, o que tende a produzir a sensação de insaciabilidade, incentivando a necessidade descontrolada de produtos estimulando o crescimento de consumo.

Acrescenta Barbosa (2004, p. 49), "Hoje a sociedade de consumo é a instabilidade dos consumidores, esses impulsionados pelo acesso e direito de escolha, compram produtos de rápida descartabilidade."

Partindo desse entendimento a sociedade atual é estimulada pelo consumo nocivo, comprando mais por impulso do que por necessidade, qual deveria ser totalmente contrária, com vista a auxiliar a necessidade do consumo de modo a incentivar o consumo sustentável, pois tal medida é fundamental para a diminuição do impacto ao meio ambiente, de modo a contrabalancear a equação necessidade versus recursos.

Portando, é dever de todos a busca do equilíbrio entre o progresso e a preservação ambiental, de acordo com a Lei n. 12.305/2010, as pessoas físicas e jurídicas, de direito públicos ou privados são responsáveis direta ou indiretamente pela geração de resíduos sólidos.

Nesse contexto, a responsabilidade quanto aos resíduos sólidos não é somente de quem consome, mas também de quem produz, por isso a criação da logística reversa pela Lei de resíduos sólidos, qual consiste na responsabilidade por parte do fabricante pelo destino final de seu produto, incentivando o ciclo que se inicia na fabricação e vai até a destinação correta.

Diante do exposto os impactos causados pelos resíduos sólidos, está agregado ao modelo consumista, sendo pertinaz ressaltar o entendimento de Silva Filho (2012, p. 376), "O desafio para a bem-sucedida gestão de resíduos sólidos nos centros urbanos é um dos que mais demandam medidas da sociedade, cuja existência ainda está regulada pelo processo de consumo e descarte de bens, materiais e produtos".

Neste enlace, impende demonstrar as formas de impactos Ambientais acarretados pelo despejo irregular dos resíduos sólidos tanto nos centros urbanos como nos rurais.

O padrão de consumo por habitante, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE 2019, resulta em média 800 gramas à 1kg de resíduos sólidos por habitante, destaca-se que a maior quantidade desses resíduos vem dos centros urbanos. Segundo Pichtel:

Resíduo sólido pode ser definido como um material sólido com valores econômicos negativos, que tornam o descarte mais barato do que seu uso. Entretanto, essa definição entra em contradição com os parâmetros atuais que ressaltam o valor

econômico dos resíduos, como observado na Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, regulamentada pelo decreto 7.404, de 23 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS) no Brasil e define resíduos sólidos como:

[...] material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível (PICHTEL, 2005, p. 649).

O despejo irregular de resíduos sólidos em áreas urbanas tem acarretado a formação de pontos de lixo em locais inadequados. Pois os pontos de lixo, além de degradar a imagem favorece a proliferação de insetos e roedores. De acordo com a Agenda 21, durante a Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU) no Rio de Janeiro, em 1992 (ECO 92). Aproximadamente 5,2 milhões morrem por ano de doenças relacionadas com o lixo. Metade da população urbana dos países em desenvolvimento não tem serviços de despejo de lixo sólido" (RIBEIRO; MORELLI, 2009, p. 05).

Devido a carência de serviços de despejo regular de resíduos sólidos, o "lixão" representa o destino mais comum nos centros urbanos. Nas palavras de Moraes Filho Dias, (2006, p. 11), "São ambientes onde proliferam os vetores que causam endemias e enfermidades infecto-parasitárias, que propagam a dengue, a febre amarela, a leptospirose e diversas outras doenças".

De modo a afetar a saúde humana, vez que a deposição dos lixo em aterros a céu aberto constitui desordenada forma de deposição, acarretando a poluição do ar, solo e água, contribuindo para a proliferação de vetores. Destacando ainda, a degradação do lixo, ocorrente mesmo nos aterros inativados, uma vez que aquele solo já está contaminado, afetando as áreas próximas.

Em consequência do despejo inadequado em "Lixões" tem provocado obstruções de obreiros calhas de drenagem, a ponto de acarretar o alagamento nos centros urbanos, bem como em decorrência deste ocorre a poluição de recursos

hídricos. Pois como já mencionado, na pior das hipóteses, sendo esta a mais frequente dado a carência de aterros sanitários, o resíduo será despejado em um lixão, que além de causar poluição visual, gera o chorume danificando os lençóis freáticos, se tratando pois de problema ambiental e social, dado a existência de moradias ao redor dos lixões quais estão expostas a diversos riscos como doenças e infecções.

Os diversos impactos ambientais decorrentes do despejo irregular oferecem também riscos aos centros rurais. Sua disposição no solo por exemplo acarreta a contaminação deste e dos recursos hídricos, como já apresentado no subtópico anterior, no entanto tendo em vista na zona rural o solo ser utilizado como fonte de renda das famílias que desenvolvem atividades agropecuárias.

Por conseguinte, ocorre a contaminação dos recursos hídricos, ocorrendo de forma que o escoamento do chorume ao se infiltrar pelo solo atinge recursos hídricos subterrâneos, pode comprometer espécies vegetais e animais.

No entanto os resíduos sólidos podem se transformar estado gasoso mediante a incineração, qual tem por fim reduzir o volume de resíduos sólidos mediante a queima em fornos e usinas próprias, produzindo substâncias tóxicas, como gases, metais pesados, dioxinas e compostos orgânicos que são lançadas no ar e emitidos na atmosfera, podendo causar problemas ao sistema respiratório (MMA, 2019).

Os danos sofridos em decorrência do tempo e sua degradação vertiginosa afronta a dimensão intergeracional, assim como as outras dimensões também, mas especialmente esta pois a falta de observância da gestão de resíduos sólidos no meio ambiente, coloca em risco sua continuação.

A predominância de destinações irregulares pode ser entendida segundo diversos fatores, tais como falta de capacitação técnico administrativa, baixa dotação orçamentária, falta de estrutura organizacional de instituições Públicas, não obstante, destaca-se a falta de conscientização da população.

Como já mencionado, a questão de despejo de resíduos sólidos, vide os direitos a saúde se trata de responsabilidade compartilhada, quanto aos governos, empresas, indústrias, catadores e a população, garantida a boa gestão pela Lei de Resíduos sólidos, cabendo multa pelo descumprimento da Lei.

Insta ressaltar, que os danos causados ao meio ambiente, são de difícil reparação, podendo ser incerto ou demasiadamente oneroso, por isso a necessidade de uma gestão de resíduos sólidos que tem como fator a preservação.

Uma das limitações aos danos ambientais e sociais, segundo recomendações do Ministério do meio ambiente, em seu manual de orientação do plano de gestão de resíduos sólidos, 2012, é a destinação dos resíduos sólidos em aterros sanitários, visando a preservação do ambiente, sendo considerado o local adequado para despejo, com solo nivelado e compactado, entre o local de disposição do lixo e do solo é colocada uma manta de polietileno de alta densidade, esta evita que o chorume entre em contato com o solo causando a contaminação deste e da água no lençol freático.

Os resíduos recebidos nos aterros sanitários são capacitados mediante a utilização de tratores sendo cobertos por terra de modo a evitar mal cheiro e atração de insetos e outros animais. Em cada camadas de lixos são construídos drenos para chorumes e gases que transportam estes para serem tratados e reaproveitados, o chorume pode se transformar em água de reuso e os gases em biogás para gerar energia elétrica.

Estes resíduos são encaminhados a triagem de resíduos, passando por um processo chamado de valorização ou reciclagem, onde são transformados em objetos, embalagens ou utensílios.

Desse modo, o despejo irregular de resíduos sólidos acarreta diversos impactos ao meio ambiente, dentre alguns os acima mencionados, revelando desafios para o desenvolvimento sustentável, bem como para a gestão municipal, devendo esta promover meios com fim de extinguir esta problemática.

Contudo, demonstrado que a produção de consumo e as consequências geradas pelos resíduos sólidos estão interligadas, pois sem a produção não há consumo, bem como sem consumo não há produção. Surge, pois, a necessidade de concretizar a gestão dos resíduos sólidos, de modo a organizar a coleta, transporte e disposição final.

Considerando a relação direta entre saúde pública e o despejo irregular de resíduos sólidos, qual de modo evidente, demonstrou que grandes impactos ao meio ambiente, tem por âmago os resultados de atividades humanas, como é o caso dos resíduos sólidos, definido pela Lei n.12305/2010, que reúne "princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas, ações que serão adotadas pelos Estados e Municípios visando à gestão integrada e o gerenciamento ambientalmente adequado aos resíduos sólidos", que será abordado no tópico a seguir

3. A lei de resíduos sólidos – 12.305/2010 - PNRS

Todos os dias diversas matérias são jogadas fora, tais como embalagens, restos de comida, objetos velhos, estes tipos de materiais vindos da natureza ou do ser humano são chamados de resíduos, alguns destes materiais podem ser reutilizados, sendo conhecidos como reaproveitáveis, artigo 3º, XVI da Lei 12.305/2010, enquanto os que não podem mais serem utilizados são denominados de rejeitos, artigo 3º XV.

Devido a carência de tratamento dos resíduos foi criada a Lei 12.305/2010, que Institui a Política Nacional de resíduos sólidos, sendo uma derivação da Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, trazendo outras providências. Esta Lei trás importantes diretrizes de gerenciamento dos Resíduos sólidos no Brasil, alertando sobre a necessidade de cada um ser responsável pelos resíduos que produzem, acrescentando que devemos gerar menos resíduos, bem como reaproveita-los o máximo dos que podem ser reutilizados.

Esta Lei foi regulamentada pelo Decreto 7.404/2010, qual institui o Comitê da Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, tem por fim apoiar a estruturação e implementação da PNRS, mediante articulação dos órgãos e entidades governamentais, garantindo o cumprimento e determinações regulamentadas pela Lei n. 12.302/2010, bem como as considerações do Decreto. Desse modo, é de competência do comitê da PNRS avaliar se os Planos de gestão e gerenciamento estão em conformidade com a Lei.

A lei estabelece nos incisos de seu artigo 3º diversas definições, que devem ser seguidas a fim de garantir o cumprimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos, assim dispõe.

Começando pelo acordo setorial “I - acordo setorial: ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto”.

Sendo este um ato de natureza contratual visando a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, criando um vínculo entre diferentes pessoas, empresas e distribuidores tornando os produtos mais sustentáveis, a ser uma nova origem de finalidades para outras pessoas, denominado de logística reversa.

Com relação as áreas contaminadas, apresenta o inciso II “área contaminada: local onde há contaminação causada pela disposição, regular ou irregular, de quaisquer substâncias ou resíduos”. Estas são entendidas como qualquer região ou terreno que ultrapassem os níveis de presença de uma determinada substância ou

resíduos que podem causar danos à saúde humana, e sua propagação dar-se através do solo.

No que se refere a área órfã, III - área órfã contaminada: área contaminada cujos responsáveis pela disposição não sejam identificáveis ou individualizáveis.". Nesta não possível identificar os responsáveis, ou seja, não possui registro das antigas atividades que ali se realizavam.

Concernente ao ciclo de vida do produto "IV - ciclo de vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final". Existe um percurso realizado pela matéria prima até chegar ao consumo humano, sendo fundamental o conhecimento deste para a conscientização de compras sustentáveis, ou então ambientalmente corretas.

No que tange a coleta seletiva, "V - coleta seletiva: coleta de resíduos sólidos previamente segregados conforme sua constituição ou composição". De forma simples, para que se possa realizar o tratamento de determinado resíduo ou realizar alguma transformação, é fundamental para o processo a separação por constituição ou composição, significa que a coleta seletiva é uma organização de resíduos que possuem características similares, sendo inclusive de responsabilidade de todos a devida separação.

De maneira clara a Política Nacional de Resíduos sólidos adota uma série de diretrizes que podem ser aplicadas de maneira isolada pelo Governo Federal, ou de forma cooperativa com os estados, municípios, distrito federal ou particulares, ou seja, sozinhos ou com parcerias, com o objetivo de garantir gestão integrada e gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Alguns padrões são necessários para controlar essas políticas, sendo assim certos princípios devem ser observados, em primeiro lugar se encontra o Princípio de prevenção e precaução, qual previne problemas como falta de ética, disposição inadequada dos resíduos sólidos e poluição visual.

Destaca-se também o princípio do poluidor pagador, onde aquele que polui não possui os mesmos direitos que aqueles que protegem, sendo assim o protetor é receptor enquanto o poluidor é pagador.

Não se esquecendo também do princípio da visão sistêmica, que não envolve somente a dispensa do lixo correto, mas sim uma manutenção positiva para o bom processo.

Estes princípios são essenciais para o desenvolvimento sustentável, sendo este capaz de suprir as necessidades da geração atual sem comprometer a necessidade da geração futura, como já mencionado sobre o Princípio constitucional da garantia ao meio ambiente às gerações futuras, sendo ainda fundamental adequar a vida a linha de produção de produtos e materiais para que possamos produzir mais com pouco, gerando menos danos ambientais, conhecido como o método de ecoeficiência que é trazer o desenvolvimento a área ambiental, unindo bens com serviços sustentáveis.

Contudo dispõe a Lei n. 12.305/2010 que a sociedade tem o dever de participar mais da coleta, bem como valorizar quem trabalha neste ciclo, tendo responsabilidade com o meio ambiente, alertando-nos sobre a disposição final ambientalmente adequada, que se divide em dois conceitos, o da disposição e da destinação, principalmente se tratando dos rejeitos.

A disposição ambientalmente adequada é definida pela distribuição ordenada de rejeito em aterro, enquanto a destinação inclui a reutilização, reciclagem, compostagem, recuperação, entre outras.

Apresentando duas ideias, a primeira é de que todos somos geradores de resíduos sólidos, sejam as pessoas, empresas ou governo, nos termos do artigo 3º, IX, - "geradores de resíduos sólidos: pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que geram resíduos sólidos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo".

A segunda ideia está relacionada às ações que visam solucionar os problemas dos resíduos sólidos, sendo estas chamadas de gestão integrada de resíduos sólidos. Considerando que, como já mencionado, que todos nós somos responsáveis pelos resíduos que geramos, portanto, devemos ter como objeto diminuir a quantidade de resíduos sólidos e ao mesmo tempo diminuir os danos à saúde e ao meio ambiente.

Para reduzir o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, a Lei 12.305/2010, em seu artigo 33, descreve que:

Art. 33 - São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;

II - pilhas e baterias;

III - pneus;

IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;

V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;

VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

Aqueles que produzem o lixo, ou seja, os fabricantes devem pegar de volta os resíduos após a utilização para serem reaproveitados, esta obrigação serve para os incisos supramencionados, método este conhecido como logística reversa.

Assim, pela formulação de políticas públicas que objetivam garantir as diretrizes da Lei de resíduos sólidos, colaborando para o desenvolvimento saudável, em uma perspectiva justa, sanitariamente correta e economicamente solidária.

Não se tratando, pois, de utopia, mas sim de uma meta, visto esta ser claramente realizável, basta a conscientização e aplicabilidade social a respeito da logística reversa, coleta seletiva, responsabilidade compartilhada, avaliação de ciclo de vida do produto, dentro outros meios necessários e possíveis para o manejo adequado de resíduos sólidos.

3.1 Ordem de prioridade na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos – Lei nº 12.305/2010

A ordem de prioridade em um plano de gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, nos termos do artigo 9º da Lei n. 12.305/2010 deve ser analisada na seguinte sequência: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. Devendo esta ser obrigatória para a adoção dos planos de gestão e gerenciamento de resíduos sólidos pelos Estado e Municípios

Por este motivo a Lei diferencia resíduos de rejeitos, pois os resíduos devem ser reaproveitados e reciclados, enquanto os rejeitos devem ser despejados de acordo com sua destinação final.

Considerando a não geração, se refere a reflexão em métodos para que não se tornem resíduos, como por exemplo a adoção de um copo para que reduza a utilização de copos recicláveis, bem como canudos particulares. Em suma, de forma clara é evitar a produção de resumos.

No tocante a redução, este visa reduzir a geração de resíduos, pelo melhor planejamento de produção, contribuindo para o menor desperdício, como por exemplo máquinas que aproveitam mais a matéria prima.

Quanto a reutilização, esta é prolongar a vida útil de determinado produto, reduzindo processos para a fabricação de novos, por exemplo o uso de papeis para rascunho. Lembrando que este não se confunde com reciclar, pois reciclar significa transformar algo em novo, fazer com que o material usado entre para um novo ciclo de produção, como por exemplo o vidro que torna-se garrafa, ou o alumínio que após derretido volta para um novo ciclo de produção.

A ordem estabelecida pela lei, incentiva os instrumentos de cooperação de manejo dos resíduos sólidos, quais são a coleta seletiva e a logística reversa. A coleta seletiva como já mencionada, esta consiste na separação prévia dos resíduos sólidos, visando a implantação de um sistema de coleta seletiva de modo a atingir a destinação final adequada de cada produto. Enquanto a logística reversa, também já mencionada visa desenvolver um conjunto de ações, procedimentos e meios de modo a coletar para assim realizar a devolução do resíduo, para reaproveitamento em seu ciclo de vida.

Maystre (1994, s/p), acrescenta a respeito da valorização dos resíduos sólidos, explicando que esta se trata do "Aproveitamento dos resíduos como fonte energética, aproveitando a matéria para adoção de novas maneiras de uso, utilizar-se de materiais secundários para a fabricação do mesmo produto, encontrar uma nova utilidade do produto e tornar o resíduo útil a todos".

É de responsabilidade do poder público, a gestão integrada e o gerenciamento dos resíduos sólidos tanto dos consumidores como dos geradores, se tornando responsáveis pelos seus atos perante a geração de resíduos na sociedade. A PNRS se articula com a PNEA e incorporando assim a educação ambiental como um de seus instrumentos, qual estabelece que a gestão integrada de resíduos deve promover programas e ações ambientais, tais como a não geração, a reutilização e a reciclagem desses resíduos.

Estes instrumentos possui o incentivo do Plano Nacional de Resíduos Sólidos, inclusive esta definiu mediante Decreto 7.404 que os instrumentos de coleta seletiva e logística reversa deverão dar prioridade para os catadores de materiais recicláveis para a participação nos processos.

Diante disso, a gestão de resíduos tem por finalidade: reduzir, reciclar, oferecer tratamento aos resíduos desde a coleta até seu desfecho final adequado. O instrumento segundo a PNRS dar-se através da coleta seletiva, da separação nos locais onde são gerados; pelo sistema de logística reversa ou em ações, procedimentos e meios de coleta dos resíduos. O que pode ser reaproveitado e reciclado volta para o mercado empresarial.

Seguindo a ordem de prioridade, a não geração seria o ideal, no entanto praticamente impossível, por isso a gestão deve adotar medidas a reduzir a geração de resíduos sólidos, incentivando a reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final.

Caso esta ordem de prioridade não for observada pelos planos adotados pelos Estados e Municípios, certamente acarretará ainda mais a existência dos “Lixões” e impactos ao meio ambiente advindos deste, pois de acordo com a PNRS, somente os rejeitos devem ser enviados aos aterros sanitários, que são aqueles que não podem ser reutilizados.

4. A importância da gestão dos resíduos sólidos e adoção de plano de resíduos sólidos pelos estados e municípios

A classificação dos resíduos sólidos possibilita a seleção de identificação facilitando a devida destinação final, atendendo aos objetivos de prevenção da poluição, bem como gestão e gerenciamento de destinação correta, com fim de reduzir os resíduos sólidos assim evitando os poluentes nocivos ao meio ambiente e Saúde Pública.

Devido a infinidade de atividades, e como cada atividade utiliza e requer processos diferentes, e para manter a boa gestão necessário se faz classificá-los, de acordo com a Lei 12.305/2010 de resíduos sólidos a classificação destes de forma explicativa, segundo o artigo 13, são eles.

I - Quanto à origem:

a) resíduos domiciliares: os originários de atividades domésticas em residências urbanas;

b) resíduos de limpeza urbana: os originários da varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana;

c) resíduos sólidos urbanos: os englobados nas alíneas "a" e "b";

d) resíduos de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos nas alíneas "b", "e", "g", "h" e "j";

e) resíduos dos serviços públicos de saneamento básico: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos na alínea "c";

f) resíduos industriais: os gerados nos processos produtivos e instalações industriais;

g) resíduos de serviços de saúde: os gerados nos serviços de saúde, conforme definido em regulamento ou em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS;

h) resíduos da construção civil: os gerados nas construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil, incluídos os resultantes da preparação e escavação de terrenos para obras civis;

i) resíduos agrossilvopastoris: os gerados nas atividades agropecuárias e silviculturais, incluídos os relacionados a insumos utilizados nessas atividades;

j) resíduos de serviços de transportes: os originários de portos, aeroportos, terminais alfandegários, rodoviários e ferroviários e passagens de fronteira;

k) resíduos de mineração: os gerados na atividade de pesquisa, extração ou beneficiamento de minérios;

Sabendo que para uma boa gestão de gerenciamento dos resíduos sólidos, necessários se faz a classificação destes, em observância a NBR 10004/ 1987. Esta é realizada para que possam ser gerenciados separadamente, considerando seus riscos potenciais ao meio ambiente e a saúde Pública.

Ainda segundo os autores Ribeiro e Morelli (2009, p. 26), “[...] a classificação dos resíduos envolve a identificação do processo ou atividade que lhes deu origem e de seus constituintes e características”.

Os Resíduos Sólidos são classificados de acordo com a NBR 10.004/2004 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) em classes:

Classe I – Perigosos; São aqueles que em função de suas características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade ou patogenicidade, apresentam riscos a saúde e ao meio ambiente.

Classe II – Não perigosos;

Classe II A – Não inertes. Apresentam características de combustibilidade, biodegradabilidade ou solubilidade apresenta riscos à saúde e ao meio ambiente, não se enquadram na classe I.

Classe II B – Inertes: São aqueles que podem apresentar características intrínsecas, não oferecem riscos à saúde e que não apresentam constituintes solúveis (ABNT, 2004).

Para entender sobre a periculosidade são aqueles que apresentam inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade ou patogenicidade, carcinogenicidade, teratogenicidade e mutagenicidade, conforme Redação da Norma Brasileira de Resíduos - NBR 10004, 1987. Todos materiais que apresentam estes itens detêm um significativo risco à saúde e ao meio ambiente, sendo todos classificados conforme norma técnica.

Segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), os resíduos são classificados de diversas formas, se dividindo em classes:

Classe A – são os Resíduos Potencialmente Infectantes; agentes biológicos, sangue e hemoderivados, que apresentam risco a saúde pública e ao meio ambiente;

Classe B – Resíduos químicos; resíduos que contém substâncias químicas que põem em risco a saúde pública e o meio ambiente, por exemplo, medicamentos contaminados, vencidos, impróprios ao consumo;

Classe C – Rejeitos Radioativos; materiais radionuclídeos superior aos limites especificados pela norma da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN);

Classe D – Resíduos Comuns, todos os resíduos gerados nos serviços e que não precisam de processos diferenciados para o acondicionamento;

Classe E– Perfurocortantes; são instrumentos ou objetos que são capazes de cortar ou perfurar, tais como, lâminas, agulhas, bisturis, etc. A questão do lixo urbano torna-se cada vez mais preocupante em decorrência das disposições finais que lhe são impostas, quando esses rejeitos são conduzidos para um mesmo local, sem a separação adequada, são colados em lugares totalmente inadequados como os lixões ou depósito a céu aberto.

O grupo A é composto por resíduos possivelmente tem a presença de agentes biológicos, apresentando riscos de infecção, como por exemplo descarte de vacinas, resíduos de laboratório de manipulação genética, cadáveres de animais, órgãos, tecidos, dentre outros que apresentem relevância epidemiológica e risco de disseminação, Devem sempre ser encaminhados a sistema de incineração, de acordo com o definido na RDC ANVISA nº 305/2002.

Quanto ao grupo B, este que se trata de resíduos sólidos comuns, portanto devem ser acondicionados conforme as orientações dos serviços locais de limpeza urbana, realizando a reciclagem para aqueles possíveis é de suma importância a características destas substâncias contidas em suas fichas de informações, de modo a classifica-los como nocivos ou não.

Contudo não se aplica aos produtos farmacêuticos e cosméticos. Resíduos sólidos de que trata o grupo B, quando não tratados, devem ser dispostos em aterro de resíduos perigosos - Classe I.

No tocante ao grupo C, estes devem ser segregados de acordo com a natureza física do material e do radionuclídeo presente, e o tempo necessário para atingir o limite de eliminação, em conformidade com a norma NE - 6.05 da CNEN.

Para facilitar sua identificação, estes produtos são representados pelo símbolo internacional de presença de radiação ionizante com rótulos de fundo amarelo com o contorno preto, acrescido da expressão Rejeito Radioativo, conforme norma da CNEN NE 6.05 e outras que a CNEN determinar. Sua forma de tratamento consiste

em armazenar o rejeito radiativo, seja em sala de manipulação ou sala específica, a fim de aguardar o decaimento da substância tóxica até que sua atividade alcance níveis que permitam libera-lo.

Por fim o grupo E se refere a resíduos sólidos de materiais perfurocortantes, quais devem ser descartados separadamente, preferencialmente no local de sua geração, podendo ser em recipientes rígidos resistentes a ruptura ou vazamento de modo a evitar possíveis acidentes. Importante ressaltar que estes devem estar devidamente fechados e com identificação na tampa, atendendo aos parâmetros referenciados na norma NBR 13853/97 da ABNT.

À vista disso, os Planos de gerenciamento de resíduos sólidos têm por fim minimizar a produção dos resíduos sólidos na fonte, isto é, na produção, controlando e reduzindo os riscos ao meio ambiente, de modo a incentivar o manuseio correto, bem como a destinação final adequada.

Nesse contexto, os planos elaborados pela União, Estados e Municípios definem condições, mediante as quais as diretrizes adotadas possam ser obtidas. Possuindo, portanto, caráter estruturador, de modo a coordenar o manejo dos resíduos sólidos da maneira adequada.

Para a melhor elaboração do plano, necessário a observância das prioridades da ordem de manejo adequada, como já discorrida em tópico anterior, artigo 9º da lei nº 12.305/2010, após observância das regras, com base no artigo 14, podem ser criados Planos Nacionais- PNRS, Planos Estaduais de Resíduos Sólidos, Planos Microrregionais de Resíduos Sólidos, Planos Intermunicipais de Resíduos Sólidos e Planos de Gerenciamento de Resíduos Sólidos.

Os planos acima mencionados devem ser arquitetados em sinfonia uns com os outros, a fim de buscar a cooperação federativa, devendo, pois, abranger todos os tipos de resíduos sólidos, independentemente de seu alcance territorial.

No atual cenário brasileiro, impende destacar diversas políticas com o escopo de incentivar a gestão dos resíduos sólidos, tais como a Política Nacional de Resíduos Sólidos - Lei nº 12.305/2010, Lei Federal de Saneamento Básico - Lei nº 11.445/2007, destinada a prestação dos serviços públicos, mais especificadamente voltada aos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como a partir de 2005 a publicação da Lei de Consórcios Públicos - Lei nº 11.107/2005, qual visa aplicar relações que tencionam efetivar as prestações desses serviços mencionados. Ainda, possível encontrar medidas adotadas no Plano Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC, que possam servir de orientação para o manejo adequado de resíduos sólidos.

Haja vista, a aplicação de todos estes aparatos legais, principalmente a PNRS, tendo esta um fim destinado especialmente para tal, é possivelmente acolher as orientações, e assim resgatar a capacidade do planejamento e gestão de maneira competente, com a melhora dos serviços públicos de saneamento básico, entrelaçado a um meio ambiente saldável.

Nesse enlace, a União na data de agosto de 2010 elaborou o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado, e ainda 20 anos de horizonte, devendo ser atualizado a cada 4 anos, e seus conteúdos estão previstos nos incisos I ao XI, artigo 15 da Lei n.12.305/2010.

O mencionado plano, analisa o cenário atual Brasileiro, estabelecendo metas, diretrizes, bem como estratégias de modo a implementar as políticas adotadas pelo PNRS, tais metas servem de embasamento de modo a orientar os Estados e Municípios para formulação dos seus planos particulares, quais serão de maneira mais específica discorrido em tópico adiante.

Desse modo, frisa-se que a adoção por parte dos Entes federados para a elaboração de um Plano com fim de que a sociedade tome conhecimento e se aproprie das medidas cabíveis para a possibilidade da concretização do plano estabelecido.

Isto posto, considerando a classificação dos resíduos sólidos, bem como o tratamento adequado notável que a utilização seguida disposição em aterro, como ocorre na maioria das residências, não está em conformidade com a ordem de gerenciamento de resíduos sólidos, pois possuem outras etapas, como a redução, reutilização e tratamento que devem ser observadas antes da destinação final, de acordo com o Art. 9º da NRPS.

Por isso a importância de um plano de resíduos sólidos adotados pelos Estados e Municípios quais devem incentivar a criação de planos micro regionais, de aglomerações urbanas, intermunicipais e até alguns voltados a questão de empreendimentos e algumas atividades, de modo a incentivar a ordem estabelecida pelo artigo 9º a fim de reduzir a destinação final dos resíduos sólidos.

Os planos devem ter a participação popular de modo a cooperar pela efetivação destes, seja por meio de audiências públicas ou consultas públicas elaborado para vigência de prazo indeterminado, com horizonte de atuação de 20 anos e revisão a cada 4 anos, nos termos do artigo 17 da Lei 12.305/2010. Estes planos ficam acessíveis no site da SINIR- Sistema Nacional de Informação sobre Gestão de Resíduos Sólidos, com acesso a todos os cidadãos.

5. A participação social na políticas de elaboração dos planos – gestão socioambiental

É equívoco imaginar que as Políticas Públicas cabem tão somente ao governo, visto que esta é entendida como uma Co-Produção entre a sociedade e o Estado, dado sua extensão que atinge a todos os cidadãos. Muito embora sejam realizadas mediante formulação dos poderes executivos ou legislativo, necessário destacar que estas surgem tão somente a partir da mobilização social, por intermédio de demandas e propostas feitas pela sociedade.

Nesse sentido, explica Fedozzi:

Até a Constituição de 1988, a formulação de políticas públicas no Brasil era centralizada na esfera federal, cabendo aos Estados e municípios apenas a execução das políticas. Após a promulgação da constituição, entretanto, esses níveis de governo ganharam papel fundamental. A incapacidade de lidar com problemas complexos e extensos por parte dos governos centrais conduziu a um movimento de descentralização nas esferas estadual e, principalmente, municipal. O argumento reside no fato de que a resolução dos problemas tem maior efetividade na medida em que se está mais próximo dele. Com efeito, os governos locais passam a ocupar um papel central na formulação e na implementação de políticas públicas, haja vista sua maior capacidade de acompanhamento e controle dos projetos (Fedozzi, 1999, p. 3).

A iniciativa na formulação das políticas públicas por parte dos Poderes Legislativo ou Executivo advém das demandas da sociedade, sendo inclusive sua formulação, acompanhamento e avaliação amparados por Lei, como a Lei n.6.924/2009 – Lei da transparência, que obriga a todos os poderes públicos assegurarem a participação popular em sua gestão.

De modo que os Conselhos Municipais e Articulações do governo adotem a participação popular em prol de uma sociedade mais democrática e efetiva em suas ações.

Com efeito, durante o processo de formulação dos Planos de Gestão de Resíduos Sólidos, seja este Estadual, Intergeracional, Municipal ou Intermunicipal, necessário reavaliar os hábitos e comportamentos sociais, a fim de renová-los visando efetivar as políticas de gerenciamento adotados pelo Plano, pois ao contrário seria fazer de um Plano de gestão de resíduos sólidos letra morta.

Segunda Silva:

Resíduos Sólidos Urbanos que comumente chama-se no dia-a-dia de lixo urbano, são aglomerados pela atividade caseira e comercial das cidades. **É composto de acordo com a população de cada lugar, dependendo muito da situação sócio-econômica e das condições e hábitos de vida de cada um** (SILVA, 2008, s/p) (*Grifo nosso*).

À vista disso é significativa a participação popular na integração e formulação dos planos, projetos e ações populares dado a percepção da realidade local sobre resíduos sólidos, de forma a discutir os problemas a serem combatidos, posto que a conscientização ambiental não pode tão somente se limitar a interesses gerais, mas também voltar-se a problemas locais compreendendo os problemas ambientais em um sentido mais amplo.

Assim sendo, a participação popular na criação dos planos de gestão de resíduos sólidos é essencial para a melhor compreensão dos problemas locais, que possibilita o conhecimento da verdadeira realidade local de cada população, bem como sua vizinhança, concebendo então as diretrizes necessárias que irão atender a necessidade de cada local.

Como explica Serafim:

uma forma específica de participação da sociedade em relação direta com o Estado, cujos temas em questão tratam da gestão pública, políticas públicas e ações do Estado, desde a sua definição, passando por sua execução e metas a serem atingidas até a avaliação de seu bom funcionamento, visando o cumprimento do interesse público (SERAFIM, 2008, p. 40).

Na tentativa de controlar os problemas ambientais locais ligados aos resíduos sólidos que se fundamenta a participação popular, considerando a responsabilidade compartilhada, vez que todos os agentes são responsáveis, logo a preocupação em minimizar o volume de resíduos sólidos reduzindo os impactos na qualidade ambiental e saúde de vida é dever de todos.

Concluindo que o processo da participação popular na elaboração dos planos, e as devidas discussões a respeito dos problemas locais levam ao planejamento do Plano adequado para atender as necessidades ambientais relativas a cada região, de modo a respeitar sua integridade cultural e biodiversidade, garantindo a preservação da ambiência local e consequentemente a sadia qualidade de vida.

Ainda, considerando que a responsabilidade do meio ambiente é compartilhada, e conseqüentemente a responsabilidade pela criação de um Plano de gestão de resíduos sólidos também deve ser, envolvendo todos os cidadãos, indústrias, setor de serviços e ainda o comércio.

Visto que a gestão socioambiental apresenta uma relação entre todos os responsáveis pelos resíduos sólidos, tornando então todas as decisões relativas às discussões tomadas para a elaboração do plano em ações políticas.

Pois, se caso o Governo opte por excluir a sociedade na fase de elaboração do plano, incorre em repulsa por parte desta, devido a decisões tomadas, considerando o conflito de interesses pertencente a qualidade de vida. Além de que a tomada de decisão, por parte somente do Governo acaba centralização um direito que na verdade é de todos.

Reforçando, que a gestão social é uma solução para a descentralização do poder, já que a inserção desta na tomada de decisões, bem como na formulação de políticas públicas garante a forma e sistema de governo como república democrática de direito.

Visando realizar a adoção de medidas positivas a todos, é necessário que exista um diálogo a fim de desenvolver a construção do plano de gestão de resíduos sólidos, para que todos possam ser representados de acordo com suas necessidades, pois somente com a participação social e a transparência durante o processo de desenvolvimento do plano de gestão que se constrói uma sociedade democrática.

Entre os exemplos de participação popular, tem-se a audiência pública, conferências, consultas, conselhos, seminários, debates entre os interessados, entre outros, quais inclusive devem ser incentivados pelo Poder Público.

Contudo a participação popular na criação dos planos tem por escopo garantir a melhor estrutura de modo que esta atenda às necessidades da sociedade como estratégia de sensibilização despertando a consciência ambiental estimulando a participação popular, pois esta é indispensável na gestão ambiental.

5.1 Políticas e planos Estaduais, Municipais e Intermunicipais em apoio à implementação da política e do Plano Nacional de Resíduos Sólidos

Com o plano de gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos os Estados e Municípios tem acesso aos recursos da União necessários para esta finalidade, pois a elaboração do Plano é condição necessária para o acesso aos recursos destinados à limpeza urbana, bem como manejo dos resíduos sólidos, tendo em vista que a

Política Nacional de Resíduos Sólidos estabelece as diretrizes para a gestão adequada, visando garantir mediante a Lei n.12305/2010 uma referência para o combate dos problemas ambientais relacionados aos resíduos sólidos.

Notório na Lei de Resíduos Sólidos uma forte coerência em torno da responsabilidade compartilhada, planejamento da gestão, inclusão social dos catadores, produção e consumo sustentável e valorização econômica dos resíduos, que tendem a movimentar ações sociais e ambientais. Portanto, a criação do PNRS foi a fonte para o planejamento da gestão de resíduos sólidos, tendo em vista que as diretrizes, cenários, metas e programas de ações para criação de novos planos advém desta.

Essencial que todos os Entes Federados elaborem, com a devida participação da sociedade, planos de gestão de resíduos sólidos que visam instituir soluções para os problemas relacionados ao enfrentamento pertinentes aos resíduos sólidos atinente aos seus territórios. Incentivando, inclusive a coleta seletiva, logística reversa e compostagem, pois estes, se estimulado para com a sociedade, gera a mudança de hábitos, e conseqüentemente um progresso mais acelerado.

Como já apresentado, a União garante a constituição de convênios e contratos para programas voltados para a implementação da política de gestão de resíduos sólidos, criando recursos e suporte técnico com fim de incentivar a criação destes planos por parte dos Entes federados. A elaboração do plano se dá mediante técnicos especializados, estando estes supervisionados pelo Departamento de Ambiente Urbano da SRHU - Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano.

Publicado o plano, esse servirá de maneira subsidiária ao PNRS, onde os procedimentos essenciais para o manejo correto dos resíduos sólidos serão estabelecidos, bem como a destinação final ambientalmente adequada tantos dos resíduos como para os rejeitos. Considerando as observações e previsões dos órgãos competentes, tais como o Sistema Nacional de meio ambiente - Sisnama, do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária - SNVS e do Sistema Único de Atenção à Sanidade Agropecuária – Suasa.

A partir das orientações previstas no Plano, juntamente com a efetivação dos métodos adotados, será possível satisfazer as necessidades dos Entes Federados em seu âmbito territorial, atendendo de maneira particular suas necessidades.

Ademais, deve o plano adotar medidas que estimulem a participação social, pois é uma forma de intervir na sociedade, garantindo a efetividade do plano, seja por intermédio de conselhos institucionais, mobilização de movimentos sociais, organizações locais dos catadores de resíduos sólidos, a fim de contribuírem para a

vivificação do plano, e conseqüentemente alcançando as metas estabelecidas por este, pois estas somente serão alcançadas com a colaboração do setor privado, poder público e pela sociedade organizada.

Contudo, as ressalvas já expostas, um plano seja ele Estadual, Municipal ou até mesmo intermunicipal deverão atender passos metodológicos, objetivando a participação e o controle social, para fim de cumprimento das metas estabelecidas, conforme orientação do Manual para planos de gestão de resíduos Sólidos.

Com efeito, para a criação de um plano estadual, deverão ser observados o conteúdo mínimo descrito no artigo 17 da Lei 12.305/2010, qual será elaborado por prazo indeterminado, deverá ainda abranger todo o território do Estado, com horizonte de atuação de 20 anos, conforme teor do artigo, devendo ser realizadas revisões a cada 4 anos, com detalhes da abordagem em seus incisos.

Além do mais, poderá ainda os Estados instituírem plano microrregionais de resíduos sólidos, cabíveis para regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, sendo estes denominados de Plano Microrregionais de Gestão, contudo, só poderão ser realizados com a participação dos municípios cuja elaboração interesse.

Por fim, para a elaboração dos planos municipais, necessário se faz a observação das disposições do artigo 19 da Lei 12.305/2010, atendendo ao disposto dos seus incisos, referente ao conteúdo mínimo, deslindado em 16 itens, quais deverão ser adotados nos planos municipais, observando o limite populacional de 20 mil habitantes, conforme redação do, §2º artigo 19.

No entanto, há de se considerar que, optando o município pela adoção de planos intermunicipais, fica este desobrigado de elaborar seu plano Municipal, conforme § 9º, artigo 19, desde que preenchido os requisitos estabelecidos nos incisos I a XIX do caput do artigo 19.

Portanto os Planos, sejam eles Estaduais, intergeracionais, municipais ou intermunicipais, são fundamentais para cessar as peculiaridades de cada região referente aos problemas ocasionados pelos resíduos sólidos, assim como a melhor aplicação, tendo em vista que cada âmbito regional compreende possui seu perfil socioambiental.

6. A educação ambiental e conscientização da sociedade

A PNRS, em seu artigo 3º preconiza a responsabilidade compartilhada, visando a redução do volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, e conseqüentemente a redução de impactos ambientais e na saúde humana, qual

envolve o ciclo de vidas referente aos produtos, assim dispondo: “conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos (...)”.

Constata-se que os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, possuem a responsabilidade de recolhimento promovendo a destinação adequada dos produtos já utilizados, procedimento este conhecido como logística reversa, onde os comerciantes nos termos do artigo 33 da Lei n. 12.305, possuem o dever de instalar especificamente locais de modo a destinação adequada, ou seja, locais de devolução dos produtos pós utilizados. Enquanto as indústrias possuem o dever mediante o sistema de logística, reciclar os produtos ou reutiliza-los.

Quanto aos consumidores, estes são responsáveis por armazenar os produtos adequadamente, ou então disponibiliza-los para coleta ou devolução.

No que se refere a responsabilidade, não se escusa o governo, vez que estes são responsáveis por criar campanhas de educação e conscientização, bem como fiscalizar o processo de logística reversa.

No entanto para minimizar os impactos ambientais, é necessário que a sociedade esteja disposta a mudanças que exijam atitudes ambientalmente adequadas, como o consumo sustentável que consiste em um conjunto de práticas relacionadas a aquisição de serviços voltados ao combate dos impactos ao meio ambiente, preservando os recursos naturais, preservando e mantendo o equilíbrio ecológico.

Concernente a conscientização ambiental, de modo simplificado esta consiste na adoção de métodos e processos mediante quais a sociedade irá construir novos valores sociais através do conhecimento, aderindo novas habilidades e atitudes planejando a preservação do meio ambiente, este que é um bem como de uso de todos, fundamental à sadia qualidade de vida.

Uma das finalidades da conscientização ambiental é motivar a consciência da realidade ambiental levando a despertar o olhar da sociedade para o meio ambiente, principalmente em questão a responsabilidade, tendo em vista este ser uma garantia constitucional ligada ao Direito à vida, contribuindo pois para a construção de novos valores, alterando certos comportamentos nocivos da sociedade frente ao meio ambiente, no sentido de promover hábitos e atividades com fim de preservar a qualidade ambiental.

Essas práticas consistem incentivar a redução da poluição, bem como o incentivo a reciclagem e eliminação de desperdício, sendo estas estimuladas no próprio seio familiar através da conscientização de produção de resíduos sólidos nas residências, mediante prática da coleta seletiva, isto é, separando os resíduos orgânicos, plásticos, metais, papeis e vidros.

A otimização do uso de alimentos tende a reutilizar o alimento da refeição principal para um consumo futuro, ou mesmo a utilização de restos de produtos, como cascas de frutas, raízes, folhas entre outros materiais reutilizáveis para o preparo de novos alimentos, sendo este um procedimento conhecido com compostagem caseira.

A ideia de consumo sustentável é a de promover os hábitos de consumo da população, sendo este um dos principais elementos para atingir o desenvolvimento sustentável, conservando os recursos naturais em quantidade e qualidade para as futuras gerações.

A propósito a Lei 12.305/10 dispõe em seu artigo 8º, parágrafo VIII que “a Educação Ambiental é uma das formas de almejarmos mudanças na postura das pessoas em relação ao consumo, as suas atitudes diárias, a partir de uma reflexão crítica sobre suas práticas diárias individual e coletivamente e mudá-las”.

Assim, seguindo o mesmo liame, Loureiro, 2011 ensina que “A Educação Ambiental é considerada uma práxis educativa social, que tem por finalidade a construção de valores, conceitos, habilidades e atitudes e está relacionada com a prática das tomadas de decisões e a ética que conduzem para a melhoria da qualidade de vida.”

Portanto, o processo de valores nasce com a educação ambiental, com fim de estimular o desenvolvimento modificando assim as atitudes referentes ao meio ambiente, pois esta além de transmissão de conteúdos consiste em promover a participação da sociedade nas discussões para decisões a respeito das questões ambientais suscitadas de modo a analisar e criticar as problemáticas ambientais, integrando aos interesses da sociedade.

Nesse contexto, ensina Negre e colaboradores:

a Educação Ambiental é percebida como um processo permanente no qual os indivíduos e a comunidade tomam consciência do seu meio ambiente e constroem conhecimentos, valores, habilidades, experiências e determinação que os tornem aptos a agir individual e

coletivamente para resolver problemas ambientais, presentes e futuros (2011, s/p).

Partindo desse entendimento, evidente que a educação ambiental é um instrumento mediante qual a cultura é modificada, inserindo nestas conscientizações a respeito do consumo, coleta seletiva, logística reversa, reciclagem entre outras formas de tratamento dos resíduos sólidos ambientalmente adequados, a partir da seguinte abordagem, proposta por Rocha, 2017. “Repensar, Recusar, Reduzir, Reutilizar e Reciclar.”, conhecidos como 5R’s. Os 5R’s parte da seguinte definição.

Repensar: Avaliar a essencialidade do produto, de modo a realizar o consumo consciente evitando o consumo exagerado principalmente de produtos não essenciais, e após utilização descarta-los da maneira adequada, observando a prática da coleta seletiva.

Recusar: Rejeitar a compra de produtos nocivos ao meio ambiente, salvo se forem essenciais, caso contrário optar pela compra de produtos sustentáveis, que não agridam o meio ambiente.

Reutilizar: Estender a vida útil do produto, não descartando na primeira oportunidade, de modo a reutiliza-lo até não ser mais reaproveitado.

Reciclar: Desfrutar de todas as possibilidades que o produto já utilizado pode oferecer, esta pratica consiste na reciclagem essa pratica diminui a produção de matéria prima, pois tende a produzir novos produtos em razão do aproveitamento de material já utilizado.

Dessarte, seguir esse formato proposto pelos 5R’s significa contribuir para a modificação da cultura social acerca do meio ambiente, refletindo a respeito desenvolvendo hábitos mais sustentáveis e menos nocivos ao meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A geração de resíduos sólidos é um problema existente inerente ao atual estilo de vida e produção de consumo, aonde o consumismo desenfreado é a fonte produtora do descarte excessivo de produtos de consumo, sendo este de maneira irregular.

Ocorre que o despejo irregular acarreta efeitos negativo ao meio ambiente e conseqüentemente a sustentabilidade da sadia qualidade de vida, prevista no artigo 225 da Constituição Federal.

Ao se tratar de agressão ao meio ambiente, este envolve a todos, diante a transindividualidade e indivisibilidade do direito ao meio ambiente, sendo este caracterizado como difuso pois pertence a todos, logo, é de todos a responsabilidade por sua proteção. Como é o caso da destinação dos resíduos sólidos, que se faz necessária uma gestão para o manejo adequado.

Devido o despejo irregular dos resíduos sólidos ensejando a formação de pontos de lixo no meio ambiente, degradando sua integridade e ferindo o direito constitucional a um ambiente hígido, vez que o despejo irregular provoca a proliferação de vetores que causam endemias e enfermidades sendo fonte de propagação de doenças, afetando a saúde humana. Nasce então a necessidade do incentivo ao desenvolvimento sustentável, através da gestão dos resíduos sólidos, promovendo meios com fim de extinguir esta problemática.

Para uma excelente gestão de resíduos sólidos, importante a classificação destes, seja de acordo com a NBR 10.004/2004, ou então segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que divide os resíduos em classes. Sendo esta separação mediante a classificação realizada para que possam ser gerenciados separadamente, de modo a considerar seus riscos potenciais ao meio ambiente e a saúde Pública.

Surge, pois, a necessidade, seja da União, Estados ou Municípios a criação de planos a respeito do gerenciamento dos resíduos sólidos, de modo a concretiza-los mediante o gerenciamento, organização de coleta, transporte e destinação adequada dos resíduos sólidos.

Através da Política Nacional de Resíduos Sólidos Lei n. 12305/2010 -PNRS, foram consolidadas diretrizes quais reúnem as metas a serem adotadas pelos Estados e Municípios visando à gestão integrada e o gerenciamento ambientalmente adequado aos resíduos sólidos.

As diretrizes adotadas pelos planos, devem observar com clareza a hierarquia estabelecida na PNRS a respeito da gestão de resíduos sólidos: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final adequada, bem como as diversas definições estabelecidas em seu artigo 3º. Priorizando a responsabilidade de gestão compartilhada. Priorizando a logística reversa e coleta seletiva, com fim de minimizar a produção de resíduos sólidos e destinação dos rejeitos.

No entanto para que ocorra a redução dos resíduos sólidos, fundamental a conscientização da sociedade, cumprindo as políticas públicas adotadas pelos planos de gerenciamento de resíduos sólidos, como assim discorre o 8º, parágrafo VIII da PNRS. "A Educação Ambiental é uma das formas de almejarmos mudanças na postura

das pessoas em relação ao consumo, as suas atitudes diárias, a partir de uma reflexão crítica sobre suas práticas diárias individual e coletivamente e mudá-las”.

Com efeito a participação popular durante a elaboração dos planos é de suma importância visto a adoção de medidas voltadas ao interesse local de cada plano atendendo suas devidas necessidades, bem como a maneira de todos exercerem a proteção ao meio ambiente, dado a característica difusa, contribuindo para a eficácia da política pública local, objetivando controlar os efeitos dos resíduos sólidos no meio ambiente através da participação social.

Portanto, é dever de todos a busca do equilíbrio entre o progresso e a preservação ambiental, tanto pelo poder público quanto pela coletividade de acordo com a Lei n. 12.305/2010, de modo a garantir seu uso para as futuras gerações, uma vez que o meio ambiente ecologicamente equilibrado está relacionado ao Direito a vida, garantido constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ANDRADE, A.; MASSON C.; ANDRADE, L. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Forense, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28.05.2020.

_____. Lei Nº 12.305 de 02 de agosto de 2010. **Política Nacional de Resíduos Sólidos** (PNRS). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 28.05.2020.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **PNRS: Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Disponível em: <www.mma.gov.br/politica-de-residuos-solidos>. Acesso em 01/05/2020.

_____. Ministério do Meio Ambiente, ICLEI. **Planos de Gestão de resíduos sólidos**: Manual de orientação Brasília, 2012.

_____. STF. MS 22164, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995, PP-39206, EMENT VOL-01809-05, PP-01155. Disponível

em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>>. Acesso em: 20/04/2020.

COSTA, Silva Carlos. **Brasil gera 79 milhões de toneladas de resíduos sólidos por ano.** 2019. Disponível: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/brasil-gera-79-milhoes-de-toneladas-de-residuos-solidos-por-ano>>. Acesso em: 18/03/2020.

Declaração de Estocolmo. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 18/03/2020.

DIAS, J. A.; MORAES FILHO, A. M. **Os resíduos sólidos e a responsabilidade ambiental pós-consumo.** 2. ed. rev. atual. [s.l.], 2008. 98 p. Disponível em:

<http://www.prsp.mpf.gov.br/prmmarilia/sala-de-imprensa/livro_pos_consumo_2ed.pdf>. Acesso em: 01/05/2020.

FEDOZZI, L. **Orçamento participativo:** reflexões sobre a experiência de Porto Alegre. Rio de Janeiro: FASE/IPPUR, 1999.

FERNANDES, P. R.; ROCHA, P. C. **Coleta seletiva e escolas municipais:** uma parceria possível através da Educação Ambiental. Estudo de caso: Escolas municipais da Estância Turística de Olímpia. In: 8º Fórum Internacional de Resíduos Sólidos, Curitiba. Anais. Curitiba, PR, junho, 2017.

KIM, R. P.; BARROS, S. R. de; KOSSAKA, F. K. **Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos** (p. 11-24). São Paulo: Verbatim, 2012.

LOUREIRO, C. F. B. **Educação Ambiental e movimentos sociais na construção da cidadania ecológica e planetária.** In: LOUREIRO, C.F.B; LAYRARGUES, P.P.; CASTRO, R.S. (orgs). Educação Ambiental: repensando o espaço da cidadania. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos e Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.87, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAYSTRE, L.Y.; PICTET, J.; SIMOS, J. Electre métodos multicritérios. 1. ed. Lausanne: imprensa politécnica e universitária francesa, 1994.

Ministério do meio ambiente, ICLEI – Brasil. Planos de Gestão de resíduos sólidos: Manual de orientação Brasília, 2012.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MOSER, Gabriel. **Examinando a congruência pessoa-ambiente**: o principal desafio para a Psicologia Ambiental. Estudos de Psicologia. 331-333, 2003.

NEGRE, T.S.; RABELO, M.V., SOUSA, G.E, SILVA, A.M, SILVA, G.A. **Sensibilização ambiental**: o caso do terraquarium em uma IES na cidade de Palmas/TO. Palmas, 2011.

PICHTEL, J. (2005) Waste management practices: municipal, hazardous, and industrial. Boca Raton: Taylor & Francis. 649 p.

SERAFIM, L. **Controle social nos conselhos municipais de assistência social e saúde de São Paulo**. (Relatório da Pesquisa "Governança e ação coletiva: fundamentos da responsividade. Comparações entre São Paulo, México e Delhi"). São Paulo: CEBRAP; IDS, 2008.

SILVA, Degmar Augusta da. **Resíduos Sólidos Urbanos**. 2008. Disponível em: <www.artigonal.com/meio-ambiente-artigos/residuos-solidos-urbanos-68948.html>. Acesso em: 19/03/2020.

A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

DAIANA CAROLINA DA SILVA GOMES MACHADO:

Advogada, Bacharel em direito pela Universidade Federal da Bahia, Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: O presente estudo busca explicitar a importância de uma educação de qualidade e de um suporte para acessá-la na ressocialização dos detentos, buscando discutir também fatores da atualidade que influenciam na educação e ressocialização dos detentos, como, por exemplo, as condições degradantes de alguns estabelecimentos prisionais, a nova lei nº13.964 que aumenta a pena máxima permitida no Brasil, analisando também como a educação dos detentos e a sua falta afeta a sociedade, em geral. Tendo em vista que a criminalidade afeta diretamente toda a sociedade faz-se necessário esclarecer que a educação é o melhor caminho para ressocializar, para evitar a reincidência e diminuir a criminalidade. Deve-se considerar também que a conscientização da população e de nossos líderes de Estado fazem parte de um longo processo de desalienação e reeducação social. Utilizou-se como metodologia a pesquisa aplicada buscando-se transmitir a essencialidade da educação para a ressocialização do detento.

Palavras-chave: Educação. Detento. Ressocialização. Sociedade. Sistema prisional.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PRESO É O DIREITO À EDUCAÇÃO. 2.1 CONDIÇÕES PARA EDUCAR. 2.2 A EDUCAÇÃO X PRECONCEITO. 3. A INFLUÊNCIA DO AUMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO DETENTO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil temos uma população carcerária de cerca de 812 mil detentos, desses menos de 12,6 % são estudantes, e segundo dados transmitidos por uma pesquisa realizada pelo site de notícias G1, cerca de 8% dos detentos são analfabetos, 70% não chegou a concluir o ensino fundamental e 92% dos detentos não concluíram o ensino médio, menos de 1% dos detentos que ingressam no sistema prisional tem o ensino superior, pode-se então constatar que a falta de uma educação de boa qualidade para todos, influencia diretamente no crescimento da população carcerária, portanto, a educação poderia ser utilizada como umas das principais formas de ressocialização dos detentos. Deve se observar que a grande maioria dos detentos chegam ao crime pela falta de oportunidade e orientação para estudarem, o que acarreta necessitates econômicas e a falta de oportunidades no mercado de trabalho, tendo como exemplo que um, a cada três presos respondem.

por tráfico de drogas, um crime impulsionado pela desigualdade econômica e cultural, que são consequências inevitáveis da falta de educação, como demonstrado em um levantamento realizado pelo site de notícias do G1, que constata que a falta de uma educação de boa qualidade e igualmente justa para todos é um fator extremamente impactante no crescimento da criminalidade, e ainda como advertia Paulo Freire, um grande educador e filósofo (1968) “ Quando a educação não é liertadora, o sonho do oprinido é ser o presor”(1968).

Percebesse que assim como a falta de acesso à educação e de um suporte para acessá-la, aumentam a criminalidade, o acesso a uma educação de qualidade poderia ajuda a diminuir consideravelmente o índice de criminalidade, e é extremamente importante na ressocialização do condenado, visto que com um diploma e com instrução o ex-presidiário terá mais chances de se reintegrar à sociedade, ou seja, a educação precisa ser enxergada como um instrumento crucial na ressocialização dos presos, pois, como indicado nos dados transmitidoanteriormente menos de 1% dos detentos tem nível superior, espelhando-se nesses dados se os detentos voltarem a sociedade com uma formação a chance de voltarem a delinquir poderia ser consideravelmente reduzida.

1. O preso é o direito à educação

A educação é um direito não só dos detentos, mas de todo cidadão, como estabelecido no art. 205 da constituição federal de 1998, a educação é um direito de todos e deve ser garantida pelo Estado, mas especificamente se referindo aos

detentos a lei de execução penal estabelece no seu art. 10 que a assistência ao preso é dever do Estado, tendo como objetivo prevenir a criminalidade é a ressocialização do condenado, estabelecendo entre outras, a assistência a educação, que é regulada na lei de execução penal do art. 17 ao 21-A. O direito a educação também está previsto na Declaração Universal dos direitos Humanos no art. 26, como descrito por Isabela Souza, no site politize:

A educação é um direito humano que deve ser garantido a todos. É isso que diz o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Segundo esse documento, toda pessoa tem direito à instrução gratuita nos graus elementar e fundamental, orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e para o fortalecimento do respeito pelos direitos

humanos e das liberdades fundamentais.”
(ISABELA, 2017.)

Assim a maioria dos detentos sabem que tem direito a educação, mesmo reclusos, mas não há enxergam como uma forma de reingresso à sociedade, é muitas vezes por estarem tão alienados na sua cultura de pais e mães que não frequentaram a escola, seja por terem se tornado, pais muito cedo ou por precisarem trabalhar desde cedo, passam a encarar a educação como um luxo ou necessidade, porém secundária, por isso precisam de orientação, pois quando enxergarem a importância da educação enxergaram uma nova “porta” para a liberdade, ou como dizia George Washington Carver “A educação é a chave para abrir a porta dourada da liberdade” (George Washington Carver).

A educação nos presídios é uma oportunidade do detento romper com o ciclo, criminalidade x reincidência, ela possibilita que durante o cumprimento da pena para pagar o que deve a sociedade, o preso possa ter uma chance de ter uma nova realidade quando for reinserido na sociedade, o reeducado com um curso superior, por exemplo, tem uma margem maior de oportunidades perante a sociedade, o inflator não terá mais a necessidade de voltar para o crime, já o detento analfabeto terá muito mais dificuldade de se ressocializar levando em conta que não teve uma educação básica, será extremamente difícil para esse ex- presidiário encontrar um emprego, por exemplo, e este possivelmente voltará para o crime. Ademais quando o preso estuda, seja na modalidade presencial ou a distância, ele tem a possibilidade de ter sua pena reduzida como previsto na lei de execução penal, que determina que a cada 12 horas de frequência escolar equivalem a menos um dia de pena, é no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, é acrescido 1/3 sobre o tempo descontado como horas de estudo.

2.1 Condições para educar

O sistema prisional tem o objetivo de punir o infrator pelo dano causado a sociedade e reingressa-ló assim que possível de volta a sociedade para evitar gastos desnecessários e para proporcionar ao condenado uma nova chance de conviver em sociedade, mas isto é apenas no papel, pois a realidade na maioria das prisões é bem diferente, atualmente a prisão é como uma universidade do crime, como analisa o Dr. Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi:

Fora do papel, a realidade é outra. Os presos terminam por viver em celas superlotadas, sujeitos a péssimas condições de higiene, a tortura e outras violações, o que coopera para frequentes

rebeliões. A situação é de total abandono`. (LANDFREDI, 2016)

Em meio a tais condições a necessidade maior do detento é de suprir sua necessidade básica de sobrevivência, por isso para que a educação possa se efetivar como uma importante forma de ressocialização é preciso que haja condições adequadas, por exemplo o preso que é espancado ou que está em uma cela em condições degradantes não vai querer estudar, essa situação só irá reforçar a sua ideia ignorante de que só existe o caminho do crime como alternativa, elevando cada vez mais a violência, a reincidência é o preconceito social em *relação aos detentos. A ressocialização do detento além de depende de uma educação de qualidade também depende de uma estrutura, como observado pelo Dr. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, juiz de direito "A recuperação dos detentos depende da garantia de todos os direitos não atingidos pela privação de liberdade"*. (LANDFREDI, 2016)

2.2 A educação x preconceito

Vivemos em uma sociedade cruelmente preconceituosa, aonde segundo uma pesquisa feita pelo Datafolha, 50% das pessoas acham que "bandido bom é bandido morto", só analisando está afirmação temos a prova de como a falta de uma educação e de um suporte para acessa la constrói uma sociedade alienada e contribui para o crescimento do preconceito, preconceito esse que dificulta a ressocialização do preso e que poderia ser revertido com uma instrução de qualidade, como dizia Paulo freire "*Se a educação sozinha, não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda.*" (FREIRE, 2000).

Os detentos são pessoas que cometerem erros graves, muitas vezes influenciados pela cultura ao seu redor ou por necessidades, mas devemos considerar que estes tem o direito a uma nova chance, assim a sociedade precisa respeitar que o detento vai ser punido e posteriormente posto em liberdade para tentar reconstruir sua vida. A educação também se mostrar como uma alternativa para vencer o preconceito e encontrar novas oportunidades, temos como exemplo o depoimento de Raimundo Freitas Gomes, de 45 anos dado a agência senado, ele conta ficou detido quando menor de idade por roubar e por envolvimento com drogas e posteriormente quando maior de idade foi preso, como esclarece Raimundo "Um abismo chama outro abismo, e eu fui enveredando por esse mundo obscuro". (AGÊNCIA SENADO, 2017).

Quando preso Raimundo teve acesso à educação e fez cursos de eletricista predial, instalação e manutenção de placas fotovoltaicas, e logo entrou para o regime

aberto, a partir daí foi em busca de oportunidades e conseguiu um emprego na FUNAP (Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel) e também uma bolsa de estudos para cursar direito, a vida de Raimundo é um exemplo de que a educação é uma forma eficaz de ressocializar e vencer o preconceito contra ex- presidiários.

3. A INFLUÊNCIA DO AUMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO.

O aumento da pena máxima permitida no Brasil para 40 anos se deu por meio da Lei 13.964, em 24 de dezembro de 2019, como descrito abaixo:

“Art.75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.”

Deve se analisar que o aumento da pena privativa de liberdade não será benéfico para a sociedade, pois, teremos mais gastos, mesmo sabendo que um preso obviamente não ficará detido por 40 anos no Brasil, o sumpto com o sistema prisional aumentará, pois o infrator condenado a pena máxima ou que teve soma de penas que resulte na pena máxima ficará mais tempo detido, ou seja, utilizando uma verba que poderia ser convertida para a educação, que é a forma mais humana e eficaz de combater a criminalidade e ressocializar o detento, como analisado por Alana Granda “O eixo básico de qualquer política preventiva e efetiva de segurança pública é a educação” (ALANA, 2016)

Aumentar a pena privativa de liberdade então se mostra uma forma tola de se tentar combater a criminalidade, pois manter o detento mais tempo na prisão não vai diminuir a criminalidade, apenas reafirmará a ineficaz “política do medo” pregada por muitos dos nossos líderes de Estado, que tentam “plantar” o medo no infrator, tentado passar a mensagem de que se ele cometer um crime permanecerá muito tempo na prisão, porém os presos sabem que existem formas de redução de pena e as chamadas saídas temporárias, o que só irá ajuda a aumentar cada vez mais a criminalidade e diminuir a ressocialização, como analisado pelo Dr. Luiz Flávio, advogado criminalista a 37 anos:

“Será que alguém ainda acredita que com esse aumento algum indivíduo que pretende cometer um crime irá desistir de seu intento

porque houve essa alteração legislativa? Por óbvio que não. Todas as vezes que, historicamente, a humanidade tentou reduzir criminalidade aumentando penas, colheu frustração. O que reduz a criminalidade é a certeza da punição (independentemente do tempo dessa punição), e antes dela, condições sociais de dignidade, educação e oportunidade para todos. O Brasil tem insistido no aumento de pena e no endurecimento do sistema penal, desde a Lei dos Crimes Hediondos (lei 8.072/90), para tentar reduzir a criminalidade que só aumentou nestas três décadas. Mais uma vez o legislador brasileiro insiste no equívoco", (LUIZ FLÁVIO BORGES D´ URSO, 2019).

3.1 - Considerações finais

Os detentos precisam, em primeiro lugar, assim com toda a população de líderes que realmente se importem, que se preocupem se falta vaga em creches ou escolas, que se importem se a base comum curricular realmente é suficiente, que lutem para que os professores sejam justamente remunerados e incentivados e não explorados, ou seja, que tire o país da inércia e comodismo é que o ajude a caminhar para uma futura nação desalienada e educada corretamente. Pois, a educação tem que ser a base de uma sociedade, como dito por Immanuel Kant "O homem não é nada além daquilo que a educação faz dele". A educação pode levar o ser humano a transcendência ou na sua falta a ruína, por este motivo ela deve ser levada a todos, inclusive aos que infringiram a lei pois se educarmos corretamente essas pessoas teremos uma chance maior de diminuirmos a criminalidade e aumentarmos o índices de ressocialização, dos poucos que infringirem a lei.

REFERÊNCIAS

A visão do preso. **Em discussão**, 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-pres0>>. Acesso em: 15 de Fev, 2020.

SOUZA, Isabela. Educação no sistema prisional. **Politize!**. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/educacao-nas-priso0es/>. Acesso em. 20 de fev, 2020.

MARCONDES, Marther Ap. Santana. A educação nas prisões. **Acervo Paulo Freire**, 2018. Disponível em: <http://acervo.paulofreire.org:8080/jspui/bitstream/7891/4268/1/FPF_PTPF_01_091_7.pdf>. Acesso em: 21 de Fev, 2020.

OHNESORGE, Rui. **A educação no sistema penitenciário**, e sua importância na ressocialização. Brasil escola. 2018. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-educacao-no-sistema-penitenciario-sua-importancia-na-ressocializacao.htm>>. Acesso em: 12 de março. 2020.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MUNICÍPIOS POR DANOS AMBIENTAIS

CINTHIA WALKER MATOS DOS SANTOS ARAÚJO:

Graduanda em Direito pela Universidade Luterana do Brasil .

HIGO DIETER PIETZSCH^[1]
(orientador)

RESUMO: O meio ambiente tem sido analisado atualmente como peça fundamental para que o ser humano consiga viver bem em sociedade e de forma digna, assim como prescreve nossa constituição, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta maneira, cada vez mais tem se tornado efetivas as políticas públicas, nacionais e internacionais, com a intenção de preservar e protegê-lo. Diante desse cenário e das evoluções observadas durante os anos que se passaram, o presente artigo busca, através de pesquisa bibliográfica, com metodologia de pesquisa qualitativa, elucidar questões como a constitucionalização do meio ambiente, o reconhecimento da responsabilidade coletiva de proteção e a punição aqueles que, por ação ou omissão, tendem a prejudicá-lo. Por fim, reconhecendo as responsabilidades inerentes aos municípios nesse processo de preservação.

Palavras-chave: Meio ambiente, responsabilidade ambiental, municípios

ABSTRACT: Currently, the environment has been analyzed as a fundamental part for the human being to be able to live well in society and in a dignified manner, as prescribed by our constitution, respecting the principle of human dignity. In this way, public policies, national and international, have become increasingly effective, with the intention of preserving and protecting it. In view of this scenario and the developments observed over the past years, this article seeks, through bibliographic research, with qualitative research methodology, to elucidate issues such as the constitutionalization of the environment, the recognition of collective responsibility for protection and the punishment of those which, by action or inaction, tend to harm you. Finally, recognizing the responsibilities inherent to municipalities in this preservation process.

KEYWORD: Environment, environmental responsibility, municipalities

1 INTRODUÇÃO

Cuidar do meio ambiente é responsabilidade do poder público e da sociedade como um todo, esse mandamento é preconizado no artigo 225 da constituição federal da republico. Desta forma, a atuação de todos deve ser efetiva, de forma a evitar lesões ao meio ambiente.

Todo esse cuidado referente ao meio ambiente se dá de forma a observar os avanços legais e internacionais inerentes ao reconhecimento do mesmo como fonte de direitos fundamentais, como também, ao reconhecimento de sua importância para garantir uma vida digna e saudável a todos.

Diante desses fatos, o presente artigo, através de revisão bibliográfica, com pesquisa de cunho qualitativo, visa fomentar a pesquisa referente aos temas relacionados ao meio ambiente, como por exemplo, conceituação, características e princípios que regem as relações da humanidade com o meio ambiente.

Além disso, através das pesquisas realizadas, aprofundar o reconhecimento da importância da preservação do meio ambiente, sendo um trabalho em conjunto do todo, através de políticas públicas dos entes estatais, como também, de consciência social da comunidade.

No mais, busca compreender os conceitos de responsabilidade ambiental, suas classificações, com foco na responsabilidade civil, seu caráter objetivo e o reconhecimento da teoria do risco integral como teses de fundamentação, sendo acolhidas essas teses, também, pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Vale salientar que o presente trabalho visa abordar a temática da responsabilidade inerente aos municípios, com foco na interposição da ação civil pública em caso de abusos dos mesmos na atuação relacionada ao meio ambiente localizado em seu território.

Assim, o presente trabalho de conclusão de curso apresenta o tema “A responsabilidade civil dos municípios por danos ambientais”, estando subdividido nas seguintes sub-tópicos: o meio ambiente como direito fundamenta, a responsabilidade decorrente do dano ambiente, a responsabilidade civil e a responsabilidade dos municípios.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MUNICÍPIOS POR DANOS AMBIENTAIS

A proteção ao meio ambiente tem sido uma das áreas que mais tem crescido e se desenvolvido na relação do direito com a sociedade e, principalmente, com o ser humano, pois, desde o advento da constituição federal da república de 1988, o meio ambiente passou a ser reconhecido como patrimônio social e da humanidade, devendo ser preservado para as gerações futuras.

Contudo, a proteção ao meio ambiente, conforme artigo 23, inciso VI, da Carta Magna, é de responsabilidade comum entre os entes da federação, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, “proteger o meio ambiente e combater a poluição em

qualquer de suas formas". Por essa razão, surge a discussão sobre as responsabilidades de cada ente no que diz respeito a proteção ambiental.

Assim, nos próximos tópicos, serão abordados os temas relacionadas as responsabilidades dos municípios, com ênfase ao âmbito civil, na proteção ao meio ambiente, reconhecendo o mesmo como bem da humanidade, devendo ser protegido visando as gerações futuras.

2.1 O meio ambiente como direito fundamental

Segundo RAMOS JÚNIOR (2012, p. 65), no preâmbulo da Declaração Internacional de Direitos Humanos, de 1948, foi a primeira vez que, em um documento oficial, se falou em direitos das "gerações vindouras" na legislação internacional.

O meio ambiente, após anos de mudanças no entendimento do que vinha a ser os direitos fundamentais, depois das revoluções e lutas, passou a ser observado de forma peculiar, pois, o mesmo, tinha ligação direta com a vida do homem na terra. Devendo então ser reconhecida sua importância e necessidade de preservação.

Dessa forma, após ser mencionado pela Declaração Internacional dos Direitos Humanos, em seu princípio 01, o termo "gerações futuras" começou a aparecer em outros textos constitucionais de determinados países. No Brasil, apesar de apesar de em 1981, ter sido sancionada a lei 6.938, que trata da política nacional do meio ambiente, somente veio ganhar notoriedade com o advento da constituição de 1988, no artigo 225, caput (DE FREITAS, 2019, p. 02).

BOTELHO (2015, p. 01) esclarece que "inexistem leis naturais que presumam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", na visão do autor, trata-se de uma concepção que é construída, "não é um presente gratuito da natureza, um encontrado dos ambientalistas, tampouco um dado dos deuses supremos".

Desta maneira, pode-se perceber que a natureza surge como um bem maior que deve ser analisado e respeitado pelo ser humano, devendo ser tratado, não como uma descoberta, mas, como bem natural que deve ser cuidado e protegido visando o melhor para as gerações vindouras.

Os conceitos de meio ambiente começaram a surgir antes mesmo da constituição federal de 1988, para SILVA (1998, p. 2), o meio ambiente representa "interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas". Este conceito, trazido pelo autor, demonstra uma realidade bem maior que a apresentada pelo plano

Nacional do Meio Ambiente, que conceituou meio ambiente como sendo “conjunto de definições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981, p. 1).

Então, o meio ambiente passa a ser entendido como manifestação da natureza em todas as suas formas, como mencionado pelos autores, podendo ser encontrado naturalmente, artificialmente e, até mesmo, culturalmente no meio em que se manifesta, devendo ser preservada e respeitada em todas as suas formas.

Para que se consiga entender o meio ambiente como direito fundamental, de imediato, é necessário a concepção e obrigações do Estado Democrático de Direito na Proteção e Preservação do Meio Ambiente.

Segundo GOMES, CEOLIN & COLVERO (2020, p. 109), o Estado, através das leis impostas, possui controle coercitivo sob seu povo. Contudo, tal poder, somente será concretizado, quando a população sente o retorno por parte do Estado, no que diz respeito aos seus direitos fundamentais. Como por exemplo, exemplificado pelo auto:

Porém, esses indivíduos apenas se submetem a esse poder coercitivo, pois esperam que seus direitos individuais sejam assegurados pelo Estado. E, dentre esses direitos, a partir da Constituição de 1988, está o de contar com um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como está contido no Art. 225, da Carta Magna.

Assim, na constituição de 1988, em seu artigo 225, o texto constitucional garante que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988, p. 131). Reconhecendo assim, o direito a um meio ambiente equilibrado, como sendo uma forma de direito fundamental necessário a garantir uma vida digna a todos os que vivem em solo brasileiro.

Todavia, não foi sempre que o constituinte originário reconheceu a importância do meio ambiente. Para Berté (2013, p 145), o período da primeira república foi um momento de exacerbada degradação ambiental, pois, com o “crescimento e a ampla propagação do setor agrícola, preponderância a de extensos latifúndios e predomínio do cultivo de um só produto (monocultura) ”.

Com o passar dos anos, passando pela República Nova, Pelo Estado Novo, não tiveram muitas mudanças, segundo autor, pois iniciou-se um período de grandes investimentos nas indústrias e na economia.

Contudo, a partir de 1946, a situação começa a mudar um pouco, segundo BERTÉ (2013, p. 146), a partir do dos anos 1951:

É nesse cenário progressista que se insere o Governo de Juscelino Kubitschek (1956-1961), identificado pelo lema "Cinquenta anos de progresso em cinco anos de governo". No plano de desenvolvimento de seu governo, o chamado *Plano de Metas*, constam como objetivos prioritários o desenvolvimento dos setores de energia, transporte, alimentação, indústria de base e educação (BERTÉ, 2013, p. 146).

Sendo que, nesse cenário de mudança econômica, que surgiram as primeiras medidas de prevenção ao meio ambiente, sendo elas: **O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964)**, **Novo Código Florestal (Lei Federal nº 4.771/1965)** e **Política Nacional de Saneamento** (BERTÉ 2013, p. 146).

Contudo, para que tais mudanças passassem a ocorrer no cenário nacional, foi necessário a existência de influências internacionais que auxiliaram para que os governos chegassem a observar o meio ambiente. Segundo CÂMARA E OLIVEIRA (2011):

As manifestações protetivas avançaram das intenções manifestas no Direito Internacional para o âmbito interno dos mais diversos países. Assim, as Constituições posteriores a 1960 passaram a consagrá-las, impondo-se uma vigorosa atuação do Estado na esfera administrativa buscando conter a ocorrência de danos (CÂMARA; OLIVEIRA, 2011, p. 268).

Incentivado pelo novo cenário internacional, o Brasil passou a tomar medidas buscando à preservação do meio ambiente. Assim, diante do advento da Emenda Constitucional nº 01/1969, em seu artigo 72, trouxe as primeiras significativas precauções com o meio ambiente no Brasil. Para o autor MURO JR. (2016, p. 21), "a Constituição de 1967 apenas mencionava a questão do levantamento ecológico e do aproveitamento agrícola em terras sujeitas a intempéries e a calamidades, sujeitando o proprietário rural à exclusão de incentivos estatais".

Contudo, passados os anos, com a promulgação da constituição federal de 1988, o cenário, tendo em vistas as ações relacionadas a preservação do meio ambiente, sofreram algumas mudanças. O artigo 225 da atual carta magna, veio para consagrar o direito a um meio ambiente equilibrado como sendo fundamental para a presente geração e a vindoura. Conforme PIOVESAN, FACHIN (2011, p. 36), “com o advento da Constituição de 1988 ocorre um avanço significativo: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é elevado a direito fundamental”.

Corroborando com todo esse entendimento, GOMES, CEOLIN & COLVERO (2020, p. 114), reconhecimento a mudança de comportamento do Estado com relação ao meio ambiente, afirma que:

Sendo assim, é nítida a mudança de postura do Estado perante o meio ambiente após a promulgação da Constituição de 1988, na qual é posto que um meio ambiente saudável e equilibrado é um direito e um dever da coletividade. A partir dessa nova forma de tratar o meio ambiente, surge uma nova visão de Estado, conhecida como Estado de Direito Ambiental.

O Estado de Direito Ambiental, nada mais é, do que menos a presença do Estado na relação com o meio ambiente e mais presença dos cidadãos na preservação, ou seja, menos Estado e menos mercantilização (LEITE, 2010). Desta maneira, o Estado de direito ambiental apresenta uma realidade em que o público não sofre detrimento em função do privado, mas, acima de tudo, em torno de “autonomia do indivíduo e da coletividade perante a mercantilização” (GOMES, CEOLIN & COLVERO 2020, p. 114).

Por esta razão, observando e reconhecendo o direito ao meio ambiente equilibrado como preceito constitucional e principalmente direito fundamenta, é que a indústria da carcinicultura também deve observar as legalidades existente na legislação ordinária de nosso país, buscando combater os impactos ambientais causados pela prática.

2.2 A Responsabilidade decorrente do dano ambiental

A responsabilidade ambiental está descrita no artigo 225, parágrafo 3º, da Carta Magna, o texto afirma que:

Art. 225: [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas,

independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Assim, é possível, através do descrito no texto constitucional, perceber que existem três modalidades de responsabilização por dano ambiental, sendo elas: administrativa, penal e civil.

Corroborando com esse entendimento, é possível na lei nº 9.605/1998, conhecida como lei de Crimes Ambientais, encontrar a caracterização das três modalidades de responsabilização pelas infrações cometidas contra o meio ambiente. A lei descreve que:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Desta maneira, as responsabilidades pelos danos causados ao meio ambiente, tanto por pessoas físicas, como por pessoas jurídicas, possuem as mesmas modalidades de responsabilização de seus culpados.

Segundo Antunes, o autor apresenta o porquê de o Estado adotar a teoria de responsabilidade tripla, ou seja, suas finalidades. Ele afirma que:

As sanções penais e administrativas têm a característica de um castigo que é imposto ao poluidor. Já a reparação do dano reveste-se de um caráter diverso, pois através dela busca-se uma recomposição daquilo que foi destruído, quando possível. Relembre-se de que o direito brasileiro não reconhece os chamados "danos punitivos". A grande dificuldade, evidentemente, não está nas sanções penais e administrativas, mas na obrigação de reparar o dano. Em que consiste tal obrigação? A prática judicial brasileira ainda não nos oferece uma resposta segura. O Direito Ambiental deve buscar o equilíbrio entre os diferentes aspectos que compõem o sistema de proteção legal do meio ambiente (ANTUNES, 2017, p. 555).

Assim, o autor reconhece que as três esferas de punição, apesar de divididas em classes distintas, atuam de forma conjunta em um único objetivo, qual seja, a proteção e preservação do meio ambiente, buscando responsabilizar as atitudes dos infratores.

Todavia, o autor reconhece que a grande dificuldade enfrentada pelo sistema judicial brasileiro, não está na aplicação das responsabilidades penal e administrativa, pois, tais modalidades são diretas na responsabilização do infrator e na forma de punição. Contudo, a responsabilidade civil, se mostra difícil de se praticar no cotidiano, pois, alguns danos, são irreparáveis.

No mais, segundo SILVA (2019, p. 11):

Portanto, no momento, cabe explicitar quais são as sanções trazidas pela Lei n. 9.605/98 que abarcam as três esferas de responsabilidade. A cível abrange área relativa a patrimônios; a administrativa refere-se a limitações de cunho administrativos, como suspensão de atividades; e a penal tem natureza sancionatória mais grave, pois pode culminar em restrições de liberdades.

Desta maneira, conforme apresentado pela autora, é feita a diferenciação entre a aplicabilidade e o reconhecimento das modalidades de responsabilidade ambiental no caso prático. Assim, nos tópicos a seguir, serão analisadas cada uma delas.

2.1.1 A responsabilidade civil

O artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/81, mais conhecida como Plano Nacional do Meio Ambiente, afirma que:

Art 14 [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Desta maneira, é possível compreender que a responsabilidade civil pela prática de atos contra o meio ambiente é objetiva, ou seja, como apresentado no artigo supramencionado, “[...] independentemente da existência de culpa [...]”. Assim, a prática do ato lesivo ao meio ambiente é de responsabilidade de quem o pratica, independentemente de qualquer outra circunstância, tendo o autor a obrigação de reparar o dano.

Desta maneira, também corroborando com esse entendimento, ANTUNES (2017, p. 532), afirma que apesar de ter status constitucional, a responsabilidade civil não pode, somente através do texto constitucional, ser identificada como objetiva ou

subjetiva. Podendo, somente através do texto infraconstitucional do plano nacional do meio ambiente, ser caracterizada como objetiva.

Da mesma forma, GONÇALVES (2016, p. 49), demonstra que a responsabilidade civil objetiva é aquela que independe de culpa, devendo ser caracterizada somente pelo nexos de causalidade entre a ação do autor e o dano gerado pelo mesmo.

Com isso, fica demonstrado que a responsabilidade civil trata da reparação do dano. Como já demonstrado anteriormente, a mesma visa proteger o patrimônio ambiental nacional, pois, todo aquele que é considerado civilmente culpado de dano ambiente, tem a obrigação legal de reparar os danos causados ao meio ambiente.

Para MILARÉ (2013), a responsabilidade objetiva necessita do reconhecimento de dois pressupostos, quais seja: evento danos, aquele que resulta diretamente da atitude do autor, ou seja, o ato praticado que atinge diretamente o meio ambiente. Como também, o nexos de causalidade, ou seja, a relação entre o dano causado e a atitude do autor.

O autor ainda se preocupa em citar as consequências de ser adotada a teoria da responsabilidade civil objetiva no direito ambiental, ele afirma que:

[...] a primeira e importante consequência que a regra da objetividade enseja é afastar a investigação e a discussão da culpa do poluidor, com o que se casa, em boa medida, a indenidade vigente no sistema da responsabilidade subjetiva. [...] irrelevância da licitude da atividade. Sim, pois uma atividade lícita pode vir a dar causa a um dano, assim como uma atividade ilícita não necessariamente enseja seu desenlace. É dizer: tão somente a lesividade é suficiente à responsabilização do poluidor. [...] inaplicabilidade do caso fortuito, da força maior, nem com a da ação exclusiva da vítima como exonerantes, e com a impossibilidade de invocação de cláusula de não indenizar. [...] Em outras palavras, com a teoria do risco integral, o poluidor, na perspectiva de uma sociedade solidarista, contribui – nem sempre de maneira voluntária – para com a reparação do dano ambiental, ainda que presentes quaisquer das clássicas excludentes da responsabilidade ou cláusula de indenizar. É o poluidor assumindo todo o risco que sua atividade acarreta: o simples fato de existir a atividade produz o dever de reparar, uma vez provada a conexão causal

entre dita atividade e o dano dela advindo. Segundo esse sistema, só haverá exoneração de responsabilidade quando: a) o dano não existir; b) o dano não guardar relação de causalidade com a atividade da qual emergiu o risco (MILARÉ, 2013, p. 427-434).

Da mesma forma, tal reconhecimento da responsabilidade civil por dano ambiente como objetiva, também foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, julgado de demandas repetitivas, no julgamento do REsp nº 1.374.284/MG. O tribunal reconheceu como objetiva tal responsabilidade, ficando decidido que:

Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar (REsp nº 1.374.284/MG).

Desta maneira, é reconhecida por uma das Supremas Cortes nacionais, corroborando com o entendimento da doutrina majoritária, com o conceito e aplicabilidade da responsabilidade civil, sendo reconhecida como objetiva, aplicando a teoria do risco integral, obrigando os poluidores a reparar o dano causado ao meio ambiente, sendo inaplicável excludentes de responsabilidade civil.

2.3 A responsabilidade dos municípios por danos causados ao meio ambiente

Durante anos as questões ambientais foram tratadas como segundo plano por todas as sociedades, contudo, com o avanço das lutas e batalhas sociais, visando o reconhecimento dos direitos fundamentais básicos necessários para que o ser humano pudesse viver de forma digna em sociedade, o ambiente passou a ser visto como parte desse todo que seria indispensável para que assim o homem pudesse viver.

Desta forma, com o advento da constituição federal de 1988, com o advento do federalismo descentralizado, a responsabilidade de proteger, preservar e cultivar o meio ambiente tornou-se uma competência comum a todos os entes, ou seja, seria uma obrigação de todos, União, Estados e Municípios, a responsabilidade de evitar danos ambientais, devendo responsabilizar os responsáveis por tais danos de acordo com a lei.

Desta maneira, reconhecendo essa competência comum, é que também é de obrigação dos municípios, como parte do todo que forma a sociedade, através de seus projetos e políticas públicas, evitar os avanços na devastação e destruição do meio ambiente.

Contudo, não é de hoje esse entendimento de transformação social por parte da legislação. De acordo com MILARÉ (2001, p. 97) que:

[...], podemos afirmar, sem medo de errar, que somente a partir da década de 1980 é que a legislação sobre a matéria passou a desenvolver-se com maior consistência e celebridade. É que o conjunto das leis até então não se preocupava em proteger o meio ambiente de forma específica e global, dele cuidando de maneira diluída, e mesmo casual, e na exata medida de atender sua exploração pelo homem.

Desta maneira é reconhecida a necessidade de proteção ao meio ambiente, pois, após grande evento internacionais, que marcaram a história da luta pela preservação do meio ambiente, como por exemplo, a Convenção de Estocolmo e o Rio 92, o cenário mundial começou a desenhar a trajetória de mudança no comportamento ambiental no mundo.

De acordo com CAVALHEIRO (2014, p. 24):

[...] cumpre aqui salientar algumas considerações com relação a mudança de postura em relação ao meio ambiente, adotada pela CF nessas últimas três décadas, levando em consideração que se antes, a preocupação do Estado e da sociedade como um todo era pouca ou nula, ocorrências posteriores a promulgação da CF de 1988 elevaram o Brasil a posição de evidência frente à comunidade internacional.

Desta maneira, é possível perceber que a atuação do Brasil no combate e preservação do meio ambiente ocorriam de forma singela e um pouco, como mencionado pelo autor, acanhada.

Todavia, após a promulgação da constituição federal de 1988, esse cenário sofreu mudanças significativas, fazendo com o Brasil fosse reconhecido mundialmente pelos esforços empregados para preservação da fauna e da flora existente em nossos territórios.

Assim, após a promulgação da constituição, o dever de proteger e preservar o meio ambiente foi passado a coletividade, ou seja, é dever de todos, Estado e sociedade, proteger e preservar o ecossistema. Diante desse cenário, surge o Estatuto das Cidades, ou Lei nº 10.257/2010.

Figueiredo (2012, p. 147) diz que:

Diversos autores, embora valendo-se das denominações ligeiramente diferenciadas, elegem o princípio da participação democrática como um dos nortes do Direito Ambiental. A Constituição de 1988, em seu art.1º, parágrafo único, afirma que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, e nos termos desta constituição.

No ano de 2001, foi promulgada a lei nº 10.257, do ano de 2001, também chamado de Estatuto das Cidades. A referida lei, em sua essência as diretrizes legais para instituição do plano diretor (art. 4, III, *a*). O plano diretor é, de acordo com a Lei 10.257/2001, em seu artigo 40, “*o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana*”.

Desta forma, se pode destacar que é através do Estatuto da Cidades, tomando por base o plano diretor, buscando regulamentar os avanços urbanístico dos municípios, visando a preservação do meio ambiente, que surge o cuidado legal que deve ser observado pelos municípios no que diz respeito ao meio ambiente.

Por fim, vale destacar que, as ações municipais que ferem ou desrespeitam as legislações infraconstitucionais, ferindo de forma direta a constituição federal da república, no que diz respeito ao artigo 225 da mesma, devem ser alvo de ação civil pública, visando interromper esses desmanches das autoridades municipais que atingem de forma lesiva o meio ambiente.

Da mesma forma, reconhecida as ações dos entes públicos municipais, sendo por ações ou omissões, os mesmos devem ser responsabilizados civilmente, não impedindo demais responsabilizações, sendo condenados a indenização ou reparação do dano causado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio ambiente equilibrado e preservado é um direito fundamental de todos os homens, devendo o Estado se preocupar com os cuidados necessários e legais

para garantir que esse direito fundamental seja devidamente prestado e todos possam usufruir dele de forma digna.

Contudo, nem sempre no Brasil foi dessa forma, somente após a promulgação da constituição federal de 1988 é que o meio ambiente passou a ser visto como parte necessária do reconhecimento da vida digna do ser humano incluso na sociedade. Ela foi vista como parte do papel principal para que fosse efetivado o princípio basilar de nossa constituição, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, a constituição federal decidiu por reconhecer que, todos aqueles que, de forma direta ou indireta, atingissem o meio ambiente, deveriam ser punidos na forma da lei. Assim, a constituição efetivou as formas de responsabilização ambiente, sendo elas: administrativa, penal e civil.

A responsabilização civil, tema foco desse artigo, tem como fundamento o reconhecimento de sua objetividade, ou seja, não é necessário que se comprove a culpa do agente para que o mesmo seja responsabilizado. Somente é necessário que exista o nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado.

Com isso, de acordo com a legislação vigente, ocorre essa nuance entre a ação ou omissão e o resultado, o agente, de acordo com a lei, tem a obrigação de restaurar ou seja, indenizar ou restaurar o dano causado ao meio ambiente, devendo se responsabilizar por tais comportamentos.

Todavia, obsta esclarecer, que a responsabilização do indivíduo de forma civil, não o isenta de demais responsabilizações, pois, diante do caso prático, devem ser analisadas todos resultados gerados pela atitude do agente poluidor, não podendo o mesmo, na responsabilidade civil, alegar excludente de responsabilização.

No mais, salienta-se que, através da Constituição Federal de 1988, é obrigação de todos, em conjunto, União, Estado, Municípios, Distrito Federal e sociedade, a responsabilidade pela preservação e manutenção do meio ambiente, evitando sua deterioração, destruição e desmatamento.

Assim, qualquer desses participantes que deveriam atuar em favor do meio ambiente, toma atitude considerada nociva contra o mesmo ou deixa de agir para a manutenção do mesmo, pode e deve ser responsabilizado pelo dano causado, conforme consta no Código Civil, no artigo 186, deve ser responsabilizado pela ação ou omissão.

Esse entendimento, através do princípio ambiental da participação, também se estende aos municípios. Eles possuem legislação especial que regulamentam seus

avanços urbanísticos e como devem ser feitos, visando a preservação do meio ambiente.

Qualquer atitude dos municípios que firam ou desrespeitem essa legislação infraconstitucional, ferindo diretamente a constituição federal, no que diz respeito a preservação e manutenção do meio ambiente, pode ser alvo de ação civil pública, visando a interrupção desses atos lesivos, devendo o município ser punido na forma da lei.

Desta maneira, ficam evidenciados os princípios norteadores do direito ambiental, como por exemplo, o princípio da preservação, devendo a sociedade, juntamente com o Estado, fiscalizar as ações de manutenção e preservação, inclusive nos municípios, evitando que o meio ambiente seja destruído, prejudicando o futuro da nação.

4 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BERTÉ, R. **Gestão socioambiental no Brasil: uma análise ecocêntrica**. Curitiba: Intersaberes, 2013.

BOTELHO, Tiago Resende. **A tutela internacional do meio ambiente: da conferência de Estocolmo (1972) à Rio + 20 (2012)**. Revista Amazônia Legal de Estudos Sócio-JurídicoAmbientais (UFMT), v. 6, p. 1-297, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://forumeja.org.br/sites/forumeja.org.br/files/constituicaofederal1988.pdf>>. Acesso em: 14 abril. 2020.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Brasil, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 8 abril. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.605 - Crimes Ambientais**. Brasília, 12-02-1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 09 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.257, 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.374.284/MG – Recorrente: MINERAÇÃO RIO POMBA CATAGUASES LTDA.** Recorrido: EMILIA MARY MELATO GOMES. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, 27 de agosto de 2014. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137672283/recurso-especial-n-1374284-mg-do-stj>>. Acesso em: 09 mai. 2020.

CÂMARA, L. A.; OLIVEIRA, C. **Breves impressões sobre a legitimidade da tutela penal do meio ambiente.** In: GALLI, A. (Coord.). Direito socioambiental: homenagem a Vladimir Passos. Curitiba: Juruá, 2011.

Cavalheiro, Daielly Baritieri. **"A responsabilidade civil dos municípios por danos ambientais."** (2014).

De Freitas, Vladimir Passos, and Carolina Efig. **"O DIREITO DAS FUTURAS GERAÇÕES A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO."** Revista Jurídica (FURB) 23.52 (2019): 8314.

FIGUEIREDO, G. J. P. **Curso de direito ambiental.** 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

Gomes, C. F., Ceolin, L. S., & Colvero, R. B. (2020). **ESTADO E MEIO AMBIENTE: COMO CONCRETIZAR UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL?** Revista Argumentos, 17(1), 105-127.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 12. Volume, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, J. R. M.. **Sociedade de risco e Estado.** In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILARÉ, É. **Direito do ambiente.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente.** 8. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MURO JR., A. **Aspectos legais da poluição do ar.** Revista Internacional de Direito Ambiental, ano v, n. 15, set./dez. 2016. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2016.

PIOVESAN, F; FACHIN, M. G. **Direitos humanos e meio ambiente.** In: In: GALLI, Alessandra (Coord.). Direito socioambiental: homenagem a Vladimir Passos. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, J. A. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Silva, Mariana Misquita. "**Responsabilidade por danos ambientais: Os Desastres de Brumadinho e Mariana–Minas Gerais**." (2019).

NOTAS:

[1] Professor-Orientador. Docente na Universidade Luterana do Brasil. – E-mail:ingo.pietzsch@ulbra.br

A EFICÁCIA DO DANO MORAL IMPUTADO ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS DECORRENTE DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS FRAUDULENTOS

LUIS ALBERTO MARQUES PINHEIRO: Bacharel em Direito. Atualmente pós-graduando em: Direito tributário e constitucional pela (UNIFACS), Direito processual Civil e Resoluções de conflitos também pela (UNIFACS) e Direito previdenciário e do Trabalho pela Faculdade Sao Salvador

RESUMO: A presente pesquisa bibliográfica tem como objetivo analisar a eficácia do caráter pedagógico do dano moral imputado às instituições bancárias nas relações de consumos decorrentes de empréstimos consignados fraudulentos. O problema perpassa pelo questionamento no que concerne a eficácia de tal condenação, já que apesar do Poder Judiciário punir habitualmente os bancos, estes se defendem afirmando culpa de seus prepostos ou de terceiros. A justificativa desta pesquisa baseia-se no fato de que as sentenças dos processos que se referem a dano moral contra bancos que utilizam os dados de pessoas para gerar empréstimos sem o consentimento dos mesmos visam punir os réus ordenando-lhes que paguem ao autor um valor alegando que tal feito possui um caráter pedagógico para que não haja reincidência. Entretanto, o que se vê é que cidadãos são penalizados com descontos em seus salários, oriundos de supostos empréstimos que teriam requerido junto a instituições bancárias, sendo que em grande parte das vezes tais valores não foram solicitados. Tem-se como hipótese a idéia que o legislador buscou garantir através de um valor indenizatório, uma recompensa à vítima da fraude pelo desgaste, mas muitas vezes tão ação não surte o efeito desejado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Dano moral; Fraude; Código de defesa do consumidor.

Sumário: 1. Introdução - 2. Responsabilidade Civil: 2.1 Elementos da responsabilidade civil; 2.2. Responsabilidade civil aplicadas aos bancos no código de defesa do consumidor; 3. O dano moral: 3.1 O dano moral na esfera bancária; 3.1.1 *A fraude no empréstimo consignado*; 3.1.2 *Posicionamento do superior tribunal de justiça*; 4. Efeito pedagógico do dano moral nas condenações decorrentes de empréstimos consignados fraudulentos. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como cerne buscar entendimento sobre o dano moral decorrente de processos contra instituições bancárias que versam sobre

empréstimos consignados fraudulentos. Sabe-se que muitos servidores públicos aposentados e pensionistas possuem linhas de crédito que permitem solicitar valores da sua fonte pagadora e possibilitar o pagamento parcelado e descontado mensalmente do salário. Porém, ocorre que os dados destas pessoas são utilizados sem autorização e assim que se percebem os descontos indevidos inicia-se o imbróglio entre o titular da conta e o banco, o que normalmente só resolve com a mediação da justiça.

Tal discussão tem como tema principal o seguinte questionamento: Até que ponto a imputação de um valor à título de indenização por danos morais e a devolução do valor retirado indevidamente da conta do autor da ação faz com que a instituição bancária não tenha a mesma atitude com outros clientes?

Sabe-se que a maioria dos magistrados arbitra um valor entendendo que ele irá compensar o ocorrido, pois se entende que aquela pessoa passou por situações que lhe tiraram a tranqüilidade, lhe constrangeu e afetou sua rotina negativamente, além disso, a condenação visa inibir a conduta considerada anti-social praticada pela instituição bancária para que ela não volte a acontecer.

Apesar das vanguardistas modificações trazidas pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, a possibilidade de reparar-se o dano moral possui importante destaque, pois demonstra a preocupação do legislador em proteger àquele que de fato sofrer algum dano.

Antes deste divisor de águas no âmbito do direito personalíssimo, muito se falava acerca do direito de reparar-se um dano suportado, porém havia os que asseguravam que o dano moral não patrimonial em hipótese alguma haveria de ser reparado por meio de pecúnia por ser claramente patrimonial, não restando entendimento outro para o dano exclusivamente moral já que a sua reparação por meio financeiro não restituiria o *statu quo ante*.

Assim, a promulgação da Carta Magna de 1988 trouxe o fim da discussão jurídica, através da norma prevista no artigo 5º, inciso V, que assegura de forma expressa o direito a indenização por dano moral suportado.

Além dessa ordem jurídica, outros diplomas trazem a previsão de reparar o dano moral, como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, onde está previsto a reparação do dano moral por responsabilidade subjetiva ou objetiva com previsão nos artigos 186 e 927 respectivamente.

Entretanto, o que será motivo maior de questionamento nesta pesquisa é até que ponto o dano moral pune e se ele serve como ensinamento para que situações

semelhantes não voltem a acontecer no que se refere aos casos de empréstimos consignados fraudulentos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

O conceito de responsabilidade civil está embasado no dever de reparar o dano. A reparação tem maior amplitude do que o ato ilícito propriamente dito, pois contém hipóteses de ressarcimento de prejuízo sem que se cogite a licitude da ação.

A responsabilidade civil é constatada quando existe o descumprimento de uma obrigação, e apresentam-se em duas modalidades, quais sejam: A responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual.

Quando existente o inadimplemento de uma obrigação advinda da relação jurídica entre o devedor e o credor, tem-se a responsabilidade civil contratual. Se uma dessas partes descumprir a obrigação estará desde então submetido às penalidades aplicadas a responsabilidade civil em virtude do contrato avençado anteriormente, conforme prevê os artigos 389 a 391 do Código Civil.

No que concerne à responsabilidade civil extracontratual, observa-se que esta decorre do ato ilícito praticado e do abuso do direito encontrando previsão no Código Civil nos artigos 186 e 187. Como ato ilícito entende-se que: *“ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem”* (TARTUCE, 2016, p.522).

Nesse entendimento, toda ação que fere as normas jurídicas em vigor é considerada como ato ilícito, decorrendo daí o dever de reparação do dano causado. De acordo com o que rege o artigo 186 do Código Civil que *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Assim, percebe-se que o ato ilícito se refere a relação entre a lesão de direitos e o dano suportado, para que deste modo possa haver a responsabilização civil. Todavia, para que isto se configure é necessário que o direito seja desrespeitado e que desta lesão decorra um dano.

Diferente do Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 não definiu conduta ilícita ao dano exclusivamente patrimonial. Já a Teoria dos Atos Emulativos, revela-se uma nova visão ao ilícito sendo claro o artigo 187 do Código Civil ao definir que comete também o ato ilícito o titular de direito que ao exercê-lo excede os limites dos bons costumes, boa-fé, econômico ou social.

Rodrigues (2017) *apud* Rubens Limongi França (FRANÇA, 1999, p.45), em sua obra batizada de Enciclopédia Saraiva do Direito, definiu o abuso de direito como *“um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito.”*

Nesse diapasão, vê-se que o instituto da responsabilidade civil pode ser definido como a busca pela reparação do dado suportado, seja ele oriundo de uma obrigação contratual descumprida ou de um ato ilícito ou abuso de direito verificado em uma relação extracontratual. Ademais, insta salientar que, apesar de tal divisão estar presente no Código Civil de 2002 existe grande movimento doutrinário pela unidade dos tipos de responsabilidade civil.

2.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil foi concebido com o intuito de restaurar a segurança jurídica em razão do desrespeito a preceitos normativos e descumprimento de regras contratuais entre partes envolvidas em uma obrigação.

Analisando o referido conceito civil é importante que se verifique os pressupostos de: conduta humana (culpa, ainda que genérica), do nexos causal e do dano suportado.

O ato praticado por conduta humana pode ser pela ação ou conduta positiva, ou pela omissão ou conduta negativa, sendo esta por vontade, negligência, imprudência ou imperícia. Pode-se entender a culpa genérica em sentido amplo como a culpa que reúne o dolo e a culpa em sentido estrito. Segundo Tartuce temos a *“violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem.”* (TARTUCE, 2016, p. 542).

Nesse entendimento a ação ou omissão que se tem de forma voluntária prevista no artigo 186 do Código Civil de 2002, combinada com o artigo 944 do mesmo diploma legal gera o direito a reparação do dano suportado.

Nos casos em que há o dolo, a culpa é considerada grave ou gravíssima por ter o agente causador consciência da atitude praticada. Desta forma, resta claro o direito reconhecido sob a ótica do princípio do dano e a responsabilidade do autor da ofensa a indenizar a outra parte. Cavalieri explica que *“na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito”* (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 64).

Quanto ao de nexos de causalidade, observa-se que ele é o elo entre a causa e o efeito qualificado na doutrina como virtual/imaterial e o dano sofrido pela vítima.

Gonçalves ensina que o nexo de causalidade é *“uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar”* (GONÇALVES, 2019, p. 349).

É possível perceber que a responsabilidade civil possui duas modalidades: a objetiva e a subjetiva. Considera-se então como responsabilidade objetiva aquela em que o nexo causal se verifica entre a conduta ilegal e a sua previsão legal de punibilidade previstas no artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002.

Já a responsabilidade subjetiva ocorre quando o nexo causal é obtido pela culpa genérica, quando presentes o dolo e a culpa estrita na conduta danosa.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho *“seja qual for à espécie de responsabilidade (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano tem presença indispensável como requisito para tal configuração”*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.81).

Sendo assim, observa-se que o dano corre quando o prejuízo é verificado, já que não há a responsabilidade civil sem a sua existência, sendo necessária a comprovação da culpa para o reconhecimento de um dano, valendo lembrar-se da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça que afirma ser possível a existência do dano patrimonial/material e extrapatrimonial/moral oriundos de uma mesma ação ou omissão.

2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADAS AOS BANCOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No âmbito das instituições bancárias, vê-se que existem normas específicas listadas na Lei n. 4.595, de 31.12.64, competindo a sua fiscalização ao Banco Central do Brasil, cuja competência lhe dá o direito de editar normas complementares de regulamentação, não encontrando, portanto previsão expressa acerca da responsabilidade civil, assim os conflitos devem ser dirimidos à luz da doutrina e da jurisprudência.

Entretanto, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, também conhecido como Lei nº 8.078/90, houve uma equiparação entre os cidadãos e as instituições bancárias no que concerne às relações de consumo. A partir daí surgiram questionamentos acerca do enquadramento, ou não, dos bancos como fornecedores de serviços posto que de acordo com o diploma legal acima citado.

O artigo 3º trouxe à definição que fornecedor é todo aquele que oferta qualquer atividade no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive os de

natureza bancária, financeira, e crédito ou que trate de seguros, não restando dúvida de que a partir daquele momento a relação bancária passou a ser entendida como uma relação de consumo a luz da lei.

Deste modo, as instituições bancárias passaram a ser reconhecidas como fornecedoras de serviços e os clientes passaram a ser vistos como consumidores, passando o primeiro, a ser responsabilizado pelas transações realizadas sem o devido conhecimento ou pré-aprovação de seu correntista ou titular de crédito no caso das operadoras de cartões de crédito mesmo para os casos de culpa concorrente do correntista.

O caput do § 3º do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, preceitua que o fornecedor do serviço deve responder, independente de culpa, pela reparação dos danos suportados relativos à má prestação dos serviços, bem como das suas informações insuficientes ou inadequadas.

Outrossim, deve-se destacar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mesmo que a vítima não seja correntista da instituição financeira, pois, neste contexto é aplicável a figura do consumidor por equiparação (art. 14 do CDC).

No entanto, cabe ao consumidor lesado provar o dano sofrido e o nexo causal, existindo para tanto a possibilidade da inversão do ônus da prova conforme o artigo art. 6º, inciso VIII, do CDC, a critério do juiz, se estiver presente a alegação de verossimilhança ou que é o consumidor parte hipossuficiente na relação.

3. O DANO MORAL

Conforme restou claro até o momento, tem-se que o dano moral é um dos elementos da responsabilidade civil e se relaciona de maneira direta com o dano suportado pela vítima. Nas palavras de Pamplona e Gagliano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 101): *“uma lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa.”*

Antes mesmo do Código Civil de 2002 trazer ensinamentos sobre a reparação de danos, a Constituição Federal em artigo 5º, V e X assegurou tal direito, pois abarcou o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem além de assegurar que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

Segundo Pamplona:

Os danos morais podem ser conceituados como lesão a direitos da personalidade e, por conseguinte, imateriais, ou seja, tratam-se de prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 90)

Neste diapasão, percebe-se que o dano moral é aquele que traz dor, sofrimento, angústia amargura e, por conseguinte a tristeza. Por dano moral impróprio entende-se como aquele que traz lesão aos direitos relativos à personalidade não necessitando de comprovação do sofrimento para que seja caracterizado por restar presumido.

Resta então sedimentado ser dano moral a lesão ao direito da personalidade da vítima, não sendo, portanto considerado como dano material já que não fere a esfera patrimonial, mas sim os sentimentos e honra. Comunga de tal conceito a jurisprudência do TJ/BA abaixo:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FALHA. NEGATIVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONDUITA. NEXO. CAUSALIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA. VALOR. MAJORAÇÃO. I – A inscrição indevida do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito acarreta o dano moral indenizável, sendo desnecessária a prova do seu prejuízo, pois o dano é presumido e decorrente da própria existência do ato ilícito. II – O fornecedor do produto ou serviço deve suportar o risco do negócio ou atividade, bem como o dever de indenizar o consumidor nos casos decorrentes da falha na prestação dos serviços. III – Não comprovado o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do consumidor, a teor do que consta no art. 333, II do CPC, subsiste o dever de reparar o dano. IV – O valor da indenização deve ser fixado de forma a atender ao duplo escopo de compensar a vítima e abespilhar, razoavelmente, o autor do dano, mantendo seus fins reparadores e educativos, cabendo reforma, neste particular, para majoração do valor adsorvido na sentença. RECURSO DO RÉU NÃO PROVIDO. RECURSO DO AUTOR PROVIDO...(Classe: Apelação, Número do Processo: 0000508-80.2012.8.05.0269, Relator(a): Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 14/04/2018).

Surge ainda uma controvérsia, se é possível reconhecer o dano moral de uma pessoa jurídica, de acordo como STJ através da Súmula 227, é possível que uma pessoa jurídica sofra o dano moral, sendo-lhe cabível, por conseguinte a reparação, em consonância com o artigo 52 do Código Civil de 2002 que reconhece à pessoa jurídica o direito de proteção de sua personalidade.

3.1 O DANO MORAL NA ESFERA BANCÁRIA

O judiciário brasileiro possui inúmeras ações de natureza indenizatória por danos morais ofertadas contra as instituições bancárias. Esse número elevado se deve ao fato de possuírem uma metodologia de trabalho que visa produtividade e lucratividade máxima, preferindo não ofertar a seus clientes o atendimento e tratamento minimamente desejáveis, fomentando assim muitos transtornos de diferentes maneiras.

Sabe-se que a responsabilidade civil nasce da culpa, portanto responsabilizam-se os bancos pelas lesões causadas a clientes ou a não clientes, desde que exista a culpa na realidade fática. Essa responsabilidade dependerá da culpa do agente, valendo para muitos casos a inversão do *onus probandi*, ou ônus da prova, com a presunção da culpa. Para esse caso caberá ao ofensor por meio das provas que porventura produzir afastar a sua culpabilidade.

Existem casos que ocorre a responsabilização independente de qualquer análise acerca da conduta culposa do ofensor respondendo a instituição pelo dano causado, ainda que ausentes a imprudência, negligência ou imperícia.

Isso é possível onde o dano criado pelo explorador da atividade, que por sua própria natureza, oferta ao atingido o risco do dano. Faria (2014) *Apud* Alves (1999. 1 v, p. 94-95) assegura que:

A afirmação generalizada é de que essa responsabilidade civil dos bancos, sem culpa, justifica-se pelo risco criado no exercício das atividades inerentes às suas operações. [...] Com efeito, como os bancos praticam as operações, por exemplo, com cheques, e como esses títulos não se compatibilizam com exames detidos, minuciosos e detalhados de cada um dos incontáveis cheques operacionalizados, esses estabelecimentos assumem o risco do pagamento ruim por seus prepostos. Não significa isso que se condicione a responsabilidade civil dos bancos à culpa de seus prepostos. O que se afirma é que ela se lastreia no risco, adrede assumido, o

que, está óbvio, não afasta exercício de pretensão irradiada de direito regressivo contra o preposto culpado.

No entanto deve-se aplicar essa responsabilidade independente de culpa com certa cautela, já que se trata de exceção.

No que tange à legitimidade passiva na ação de indenização, importante destacar a responsabilidade do banco pelo ato praticado por seu funcionário, já que o Código Civil de 2002 é taxativo ao afirmar em seu artigo 932 que também são responsáveis pela reparação civil o empregador por seus empregados, serviçal e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Neste sentido, o banco é responsável pelos atos danosos de seus funcionários, ao cliente (como um débito indevidamente feito em sua conta ou o lançamento de ordem de crédito em conta de terceiro) porque na qualidade de proponente quem responde é a instituição pelos atos do preposto, independentemente de apuração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*.

Vale ressaltar que é próprio da natureza dos negócios jurídicos celebrados com bancos haver questionamentos sobre situações em que haja fraude, e por conta disso o ordenamento jurídico tem se posicionado de modo a não fomentar a chamada indústria do dano moral, seja na aplicação de responsabilidade objetiva ou subjetiva ou do *quantum* a ser fixado.

É notório que as instituições financeiras são necessárias a nossa sociedade e é natural que haja um numeroso volume de ações sendo propostas todos os dias no intuito de equilibrar tais relações. Sobre esse tema a jurisprudência pátria tem se posicionado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRÉSTIMO OBTIDO MEDIANTE FRAUDE. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL. QUANTUM MAJORADO. A responsabilidade da instituição financeira pela obtenção de empréstimo em nome da autora, mediante fraude, dando causa ao indevido desconto de parcelas em seu provento de aposentadoria, é evidente. Empresa apelante não logrou desconstituir as alegações da autora, ônus imposto pelo art. 333, II, do CPC e pela inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC. Irrelevante, na espécie, para configuração do dano, que os fatos tenham se desenrolado a partir de conduta ilícita praticada por terceiro, circunstância que não elide, por si só, o ônus da instituição recorrente. O

desconto de valores indevidos diretamente na aposentadoria da demandante acarreta dano moral indenizável. As adversidades sofridas pela autora, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade e se constituíram em agressão à sua dignidade. Fixação do montante indenizatório, considerando o equívoco da ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante e o caráter punitivo-compensatório da reparação. Indenização majorada para 6.780,00, consoante os parâmetros utilizados por esta Câmara Cível em situações análogas. Aplicação do art. 557 do CPC. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70060664257, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 31/07/2019).

O julgado acima se refere a uma modalidade de fraude que vêm ganhando grande número de proposituras de ações perante o judiciário e ganhando repercussão na sociedade, a fraude no empréstimo consignado.

3.1.1 A fraude no empréstimo consignado

Com a lei nº 10.820/03, aperfeiçoada pela lei nº 10.953/04, que permitiu a oferta de empréstimos consignados também para os aposentados e pensionistas, viu-se que tal modalidade se tornou algo comum na vida desses cidadãos, pois registrou-se uma assombrosa aderência a essa modalidade de empréstimo. Cumpre esclarecer que para o INSS não há vantagem financeira, pois, cobra-se apenas os custos operacionais vinculados à solicitação conforme previsão do inciso V do §1º do art. 6º da lei n. 10.820/03.

Esse tipo de empréstimo é debitado diretamente no benefício do cliente, e normalmente é fraudado através de documentos falsos, com os quais o fraudador abre a conta para o crédito do valor contratado, logo após dirigir-se a uma agência bancária ou correspondente financeiro autorizado para contratar o empréstimo mediante assinatura falsificada e munido dos documentos adulterados.

Registre-se que a jurisprudência em torno da responsabilidade civil por consignação fraudulenta não é unânime, admitindo-se tanto a responsabilidade exclusiva da instituição financeira quanto à responsabilidade exclusiva da fonte pagadora, vale ressaltar que no entendimento da maioria é a instituição financeira, causadora do dano, portanto a responsável em decorrência da prestação do serviço defeituoso sem a segurança devida preservada.

3.1.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

A posição do STJ através da súmula 479 é: *"As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias."* (súmula 479 STJ). Nesta seara, vê-se que o STJ mostra-se estar em sincronia com a doutrina ao firmar que respondem as instituições bancárias de maneira objetiva por fraudes suportadas pelas vítimas.

Com esse entendimento o STJ, destaca a importância de um olhar sobre a vítima e sobre o seu ofensor, de modo a equacionar a reparação a ser imputada, bem como cumprir sua missão pedagógica a fim de desestimular a reincidência da conduta danosa. Assim:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR APOSENTADO CONTRA O INSS E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. REQUERIMENTO PARA TER SUSPENSO DESCONTO INDEVIDO SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA (INSS) A CERCA DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EFETUADO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEMANDANTE QUE ALEGOU NÃO TER REALIZADO NENHUM PACTO COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA: DECLARAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. CONDENAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA À RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS INDEVIDAMENTE, BEM COMO CONDENAÇÃO EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO IMPORTE DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). (1) IRRESIGNAÇÃO DA INSTITUIÇÃO -FINANCEIRA DEMANDADA. (2)IRRESIGNAÇÃO DO APOSENTADO DEMANDANTE. PLEITO PARA MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS ARBITRADOS. TESE ACOLHIDA: MAJORAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PARA O PATAMAR DE R\$ 35.000,00 (TRINTA E CINCO MIL REAIS). ATENDER A PROPORCIONALIDADE E MODERAÇÃO QUE O CASO EXIGE. RECURSOS CONHECIDOS. RECURSO DO DEMANDANTE PROVIDO TÃO- SOMENTE PARA MAJORAR A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO DO DEMANDADO (STJ - REsp: 1440589 SC 2014/0051360-9, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Publicação: DJ 30/06/2019)

Diante disso, percebe-se que é pacífico o entendimento do STJ de reformar, quando necessário, o valor arbitrado pelo juízo de primeiro grau a fim de tutelar um reparação pautada no equilíbrio necessário.

Conforme demonstrado, o STJ reiteradas vezes entende ser factível majorar os valores fixados no juízo de primeiro grau título de indenização pelo dano moral suportado de modo a desestimular o seu cometimento futuro o que por sua vez denota a deficiência ou dificuldade do juízo a *quo* em fixar valores de natureza pedagógica.

4. O DANO MORAL E O EFEITO PEDAGÓGICO NAS CONDENAÇÕES DECORRENTES DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS FRAUDULENTOS

O chamado caráter pedagógico ou desestimulador do dano moral tem grande relevância no que se refere à responsabilidade civil. A finalidade é fazer com que o ofensor tenha a consciência de tal instituto de modo a não mais repetir o ato lesivo, promovendo nesse sentido o respeito à dignidade humana abarcado em nossa lei maior. Não há que se permitir no direito brasileiro o chamado “dano eficiente”, do qual é mais vantajoso sujeitar-se a possíveis indenizações eventuais do que preveni-las.

Existe um contraponto do direito norte-americano conhecido como *punitive damages*, em português chama-se “doutrina dos danos positivos”, isto é, impor indenizações em que o valor cumpra uma função dúbia, a de reparar ou recompor as ofensas suportadas como também desestimular a sua reincidência, possuindo portanto uma natureza pedagógica e disciplinar validadas por meio de multas milionárias, vale dizer que o direito brasileiro não contemplou tal instituto.

Conforme demonstrado, a linha de decisão do STJ entende ser factível majorar os valores fixados no juízo de primeiro grau a título de indenização pelo dano moral suportado de modo a desestimular o seu cometimento futuro o que por sua vez denota a deficiência ou dificuldade do juízo a *quo* em fixar valores de natureza pedagógica. Assim:

Dano moral. Reparação. Critérios para fixação do valor. Condenação anterior em quantia menor. Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição socioeconômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau de culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade que vive a vítima.

Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação do tributo a enriquecimento injustificáveis. (...) (STJ, REsp 355.392/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3ª. Turma, j. 26.03.2002, DJ 17.06.2018.

A deficiência de critérios objetivos definidos na lei faz com que o juiz ao proferir a sentença não tenha dificuldade de definir valor com caráter pedagógico para a condenação.

A experiência do magistrado no momento da fixação do *quantum indenizatório* deve avaliar a função desestimuladora do comportamento ilícito a fim de extirpar a sua reincidência, imputando ao ofensor maior responsabilidade pecuniária, contanto que haja com razoabilidade e clareza.

Sabiamente ensina Andrade:

A previsão de tais critérios nos dispositivos legais antes transcritos não despertou na doutrina ou na jurisprudência nenhuma polêmica digna de registro. Não se levantaram lanças contra o caráter punitivo e desestimulador dessas indenizações. Provavelmente, isso se deve ao fato de que aquelas leis previram o dano moral em situações pontuais (ANDRADE, 2009, p. 235).

A majoração dos valores das indenizações com viés pedagógico do dano moral demonstra a importância da punição necessária para a quebra da cultura bancária, de que é mais vantajoso financiar a manutenção do problema instalado que extingui-lo, seguindo assim o Superior Tribunal de Justiça em suas acertadas decisões demonstradas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou compreender o dano moral e a sua função no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando pelo instituto da responsabilidade civil e sua recepção pela Constituição Federal de 1988, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.

Com a popularização dos produtos e serviços bancários, multiplicou-se em enormes proporções a quantidade de transações envolvendo estas instituições e com

elas a preocupação do legislador de garantir os direitos do público tido como hipossuficiente perante as instituições bancárias.

Verificou-se a aplicação da responsabilidade civil objetiva dos bancos como fornecedores de serviços, por meio do Código de Defesa do Consumidor, visando proteger a sociedade e sua organização como um todo.

A pesquisa traz uma reflexão sobre a importância da aplicação equilibrada do dano moral, de modo a garantir seu caráter pedagógico e as terríveis conseqüências da imputação deficitária de tais indenizações nas relações oriundas de empréstimo consignado fraudulento.

Percebeu-se que os números de empréstimos consignados aumentam a cada dia e com eles as fraudes em sua contratação, o que denota a necessidade de que a responsabilidade civil desempenhe um papel preventivo, evitando danos futuros, aplicando condenações pecuniárias não ligadas diretamente à proporção do dano, mas sim, ao intuito de prevenir a prática rotineira de condutas lesivas.

Ademais, observou-se que o entendimento do judiciário preserva a indenização por danos morais tanto como modo de compensação à vítima da violação, quanto como meio de punição do ofensor, com o intuito de prevenir novas violações, ainda que em muitas vezes de maneira acanhada.

Muito embora os bancos propaguem investimentos em tecnologia e segurança para evitar tal conduta, notou-se que cresce assombrosamente as fraudes nos empréstimos consignados, o que significa que o caráter pedagógico da indenização mostra-se fragilizado.

A extensão da lesão a moral não pode ser mensurada, pois ocorre somente diante do caso concreto, por meio da análise do magistrado, haja vista que a legislação brasileira não traz critérios objetivos para tal fixação.

Portanto, o magistrado deve estar convencido de que houve a lesão e que a vítima se encontrou abalada de modo fixar uma penalidade que não permita o enriquecimento ilícito do ofendido, bem como que preserve o caráter desestimulador e pedagógico perante o ofensor.

A referida lacuna do julgamento no primeiro e segundo grau acaba por levar a celeuma jurídica ao crivo do Superior Tribunal de Justiça que por vezes tem se manifestado sobre a fixação dos valores pelo juízo *a quo*.

Deste modo, foi comprovado pela jurisprudência analisada, a reforma de modo a majorar os valores fixados anteriormente com o escopo de desestimular a perpetuação da prática danosa ora tutelada.

Logo, deve os valores das condenações com caráter pedagógico serem suficientes para assegurar a fixação de um *quantum* justo para a reparação de um dano de natureza não patrimonial assegurando a finalidade a que o caráter pedagógico do dano moral se propõe.

É inadmissível que pessoas idosas, muitas delas de baixa renda, sejam obrigadas a sair da segurança e aconchego do seu lar para procurar o judiciário, de modo a restaurar o dano ora suportado pela falta de interesse das instituições bancárias de coibir condutas fraudulentas.

Noutra quadra, os bancos optam por montar estruturas de caráter contencioso das ações porventura oferecidas, dando a conotação de que é mais fácil e rentável fomentar a continuidade das ofensas ao consumidor do que buscar formas efetivas de combate e cessação do dano potencialmente instalado.

Ademais, viu-se que na existência de dano moral a análise subjetiva no caso concreto torna-se imprescindível, já que a moral corresponde a um direito fundamental subjetivo não sendo, portanto passível de análise objetiva.

Diante de todo exposto, é necessário que a lei indique melhores caminhos que podem ser percorridos pelo magistrado para o devido e justo reconhecimento do desrespeito a moral, valores e honra de modo a aplicar o dano moral norteado pelo caráter pedagógico que aquela condenação vai gerar no futuro.

REFÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele. Teoria do Valor do Desestímulo**. 3. ed. rev. ampl. atual. Leme: Editora J H Mizuno, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FARIA, Raphael. **Responsabilidade objetiva dos bancos e instituições financeiras.** Artigo. 2014. Disponível

em: <https://raphaelgfaria.jusbrasil.com.br/> Acessado em: 03/06/2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** Responsabilidade Civil. 17. ed. rev., atual. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil.** Coord. Edivaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 15. ed. . São Paulo : Saraiva, 2019.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral: Problemática do cabimento à fixação do quantum.** 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana.** Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1. ed. 3. . Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MUNHOZ, Emilie Kalyne; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. **Uma releitura da responsabilidade civil: o duplo aspecto do dano moral e o dano extrapatrimonial coletivo.** Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 396-414. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/>> Acessado em: 21/04/2020.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2012.

PARIZATTO, João Roberto. **Dano Moral na atualidade.** São Paulo: Edipa, 2012.

RODRIGUES. Okçana Yuri Bueno, **Os direitos da personalidade e a sua tutela positiva: uma visão da proteção da autonomia privada no direito brasileiro.** Artigo. Disponível em: www.publicadireito.com.br> Acessado em: 16/05/2020.

SILVA, Americo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais**. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOVO CORONAVÍRUS: OS IMPACTOS SOCIAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MICHAEL RIBEIRO DA SILVA: Graduando do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA.

Projeto de artigo científico apresentado como exigência da Disciplina Trabalho de conclusão de Curso, como requisito obrigatório para a obtenção do grau de bacharelado, do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, sob orientação do professor Me. RUBENS ALVES DA SILVA

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade analisar o Novo coronavírus e os impactos sociais da Administração Pública sobre os direitos fundamentais. Utilizou-se o método de pesquisa exploratório, abordagem hipotético-dedutivo e procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental para analisar o conceito e princípios da Administração Pública, bem como a supremacia do interesse público sobre o privado e o da razoabilidade, com base na doutrina e no ordenamento jurídico, e discorrer a respeito da necessidade de haver um plano econômico para o enfrentamento da crise.

Palavras-chave: Administração; Direito; Novo coronavírus; Economia; Crise.

ABSTRACT: This article aims to analyze the New Coronavirus and the social impacts of Public Administration on fundamental rights. The exploratory research method, hypothetical-deductive approach and bibliographic and documentary research procedures were used to analyze the concept and principles of Public Administration, as well as the supremacy of public interest over private and reasonability, based on doctrine and legal order, and discuss the need for an economic plan to face the crisis.

Keywords: Administration; Right; New coronavirus; Economy; Crisis.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar o Novo Coronavírus e os impactos sociais da Administração Pública sobre os direitos fundamentais. Em meio a um

momento de crise política, econômica e sanitária, onde foram definidas novas restrições de convívio social, cerceamento de direitos, e formas de tentar salvar o país de uma crise econômica de proporções maiores do que a atual, é conveniente que se conceitue e se faça conhecer o que se concerne a Administração Pública, direitos fundamentais afetados e medidas tomadas quanto à economia.

Mesmo sendo fundamental a todos o direito de ir e vir, e todas as questões sociais que estão sendo pautadas nos últimos meses, entendemos que o contexto atual nos leva também a nos debruçarmos quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como também quanto ao princípio da razoabilidade. Ditos isto, devemos ter em mente as prioridades a serem levadas para que o país possa sair desta crise sanitária da maneira menos negativa possível.

Neste sentido, abordando não somente as restrições determinadas pelo Estado, mas também tratando de falar a respeito de medidas econômicas que estão sendo tomadas em favor da população e do Estado como um todo.

Trata-se de uma pesquisa cujo método de abordagem é o hipotético-dedutivo, que com a contribuição de diversos autores notáveis, serão apresentados modelos de regulação jurídica acerca do tema proposto.

Ademais é uma pesquisa exploratória, com finalidade de proporcionar mais informações sobre o assunto proposto, possibilitando uma definição e delineamento, facilitando a delimitação do tema da pesquisa, assumindo de maneira principal a forma de pesquisa bibliográfica e documental.

1.0 IMPACTO DO NOVO CORONAVÍRUS NA ADIMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O mundo está vivenciando uma crise sanitária de grandes proporções, nas quais ainda não somos capazes de mensurar o quão afetados estará a economia no mundo todo. Além dos prejuízos pecuniários da sociedade e do Estado, no Brasil, e em alguns outros países, lidamos também com problemas políticos e de Administração Pública, afetando inclusive direito fundamentais.

Num primeiro momento houve certa banalização acerca da proporção que a doença tomaria. A contaminação que se iniciou na China e a omissão do que de fato se passava no final do ano de 2019, atravessou o mundo e afetou também o ocidente. Depois de ultrapassar fronteiras e da verificação dos primeiros casos no Brasil cumulado com o reconhecimento feito pela OMS como emergência de saúde pública de importância internacional – ESPII e em seguida a declaração de que o novo coronavírus se tratava de uma pandemia, foram tomadas medidas para que houvesse a possibilidade de controlar a sua proliferação crescente.

Antes de dar continuidade, é importante ter mente o que é administração pública e Direito administrativo. O pensamento que predomina quanto a este é o conceito de *serviço público* que é a atividade estatal dirigida à satisfação das necessidades coletivas de ordem fundamental, como por exemplo a saúde (NADER, 2014).

Dito isto, conforme preceitua Dioginis Gasparine a respeito de direito administrativo:

Vê-se que o direito administrativo é um sistema de normas de Direito (conjunto harmônico de princípios jurídicos), não de ação social. Daí seu caráter científico. Suas normas destinam-se a ordenar a estrutura e o pessoal (órgão e agentes) e os atos e atividades da Administração Pública, praticados ou desempenhados enquanto poder público. Excluem-se, portanto, os atos materiais e os regidos pelo direito privado. Ademais, o Direito Administrativo não se preordena a reger as atividades abstratas (legislação), indiretas (jurisdição) e mediatas (ação social) do Estado. Por último, não lhe compete dizer quais são os fins do Estado. A fixação destes fins é atribuição de outra ciência. (GASPARINE, 2008)

Isto posto, e tendo conhecimento de que o Estado foi criado pelo Direito, este não tem vontades ou ações próprias, mas suas ações são possíveis por meio de agentes públicos observando-se princípios estabelecidos pela CF.

A Constituição Federal preceitua que a Administração Pública, direta ou indireta dos Poderes da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, terá que obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ademais, conforme MUKAY (1989), não são apenas esses os princípios a serem observados, como por exemplo os princípios que nos aprofundaremos a partir de agora.

A priori, dispendo a respeito do princípio da supremacia do interesse público, o qual quase que auto explicativo, aduz sobre a prevalência do interesse público sobre o interesse particular quando estes estiverem em disputa. Não obstante Gasparine diz que a aplicabilidade deste principio não significa que passe por cima do direito privado sem que haja, quando envolvidos interesses patrimoniais, uma indenização proporcional, já que a Administração deve obedecer ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.

No que se concerne ao princípio da razoabilidade, entendemos que a Administração Pública deve atuar de forma coerente e afim de estar adequada ao senso comum das pessoas, sendo que considerado ilegais as condutas que estiverem indo na direção oposta ao que foi referido.

Ainda quanto a isso, (GASPARINE, 2008):

A lei, ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade, não lhe reservou em absoluto qualquer poder para agir ao seu gosto ao contrário, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser concedido naquele momento. A lei, portanto, não lhe permite, sobre pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes. Em suma: nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária. Esse é o *princípio da razoabilidade*. A Constituição Federal não o prevê expressamente, é uma decorrência dos princípios da legalidade e da finalidade. Ainda assim sua utilização na tarefa de decidir é muito grande inclusive no STF (HC 77.003-4-PR; RE 2011.043-4-SP; ADIn 855-2-PR; RE 192.568-0-PI).

Apesar disto, em face da atual crise política e econômica em que o país já se encontrava, notou-se uma deficiência no que diz respeito à administração pública oferecer soluções, principalmente influenciada pela referida crise. A divergência entre os poderes e até mesmo entre os agentes do poder executivo contribuiu para que viessem a público várias situações desagradáveis e que talvez pudessem causar ao cidadão uma sensação de não estar sendo assistido. No entanto, consideramos que o Direito administrativo tem como objeto a Administração Pública, a qual entendemos como função "um complexo de atividades concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado sob os termos e condições da lei, visando o atendimento das necessidades coletivas" (Dioginis, 45), a de servir mesmo em tempo de crise, de maneira proporcional e razoável através de medidas que foram tomadas e as quais trataremos no tópico seguinte.

2.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPO DE PANDEMIA

No que concerne a direitos fundamentais e a interferência no usufruto de alguns destes, o direito de locomoção recebe protagonismo, razão pela qual nos debruçaremos a respeito deste.

Este direito é assegurado pelo art. 5º, XV, CF: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Possui importância irrevogável e inalienável. Entretanto, necessita da fiscalização e da orientação da Administração Pública, a qual, determinada pela situação corrente do momento, pode dosar a medida do gozo destes, mediante o Poder de Polícia.

Esta prerrogativa estatal delimita o usufruto dos direitos citados. A respeito do conceito e da aplicabilidade do Poder de Polícia, ensina (DIOGENES GASPARINE, 2008):

[...] pode-se conceituar essa atribuição como sendo *a que dispõe a Administração Pública, para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e restringir o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social.* [...] O fundamento da atribuição de polícia administrativa está centrado num *vínculo geral*, existente entre a Administração Pública e os administrados, que autoriza o condicionamento do uso, gozo e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício do interesse público ou social. [...] Assim, o exercício da liberdade e o uso, gozo e disposição da propriedade estão sob a égide dessa supremacia, e por essa razão podem ser condicionados ao bem-estar público ou social [...].

Ademais o direito de locomoção não é absoluto, podendo inclusive ser cerceado em caso de: prisão em flagrante de delito ou por ordem escrita e fundamentada pelo Juiz; prisão civil, administrativa ou especial para fins de deportação, nos casos cabíveis na legislação específica; durante vigência de estado de sítio, para determinar a permanência da população em determinada localidade. Logo, em razão da pandemia do novo Coronavírus, foram previstas normas infraconstitucionais prevendo rigoroso cerceamento ao direito de locomoção.

Posto isto, confere-se pleno poder à Administração para nortear a forma como a população pode fazer uso destes direitos, de forma que seja analisado todo o caso concreto de maneira ponderada e buscando o ideal para o interesse de todos os inerentes.

Neste sentido, coloca (ALEXANDRE DE MORAIS, 2003):

[...]quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Ressalva-se que o Estado não poderá decretar as restrições de liberdades por vontade própria, devendo impor medidas com bases em dados científicos, obedecendo os ditames do previsto em lei, a qual, 13.979/20. Explicita-se:

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

[...] § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

No caso da pandemia, isto se configurou principalmente no sentido de evitar que o vírus se espalhasse, de modo que medidas restritivas foram adotadas. Procurou-se assegurar o direito à vida e saúde coletivas.

No que concerne vida, entende (DA SILVA, JOSÉ AFONSO, 2015):

A vida humana, que é o objeto assegurado no art 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A “vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo”. [...] No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

A referida lei 13.979/20 foi responsável por definir algumas restrições, duas delas sendo o isolamento e a quarentena. No tocante a nos definir um norte quanto as referidas restrições, tratou de constituir o isolamento na “separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local” e a quarentena “extinção de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte, ou mercadorias suspeitas de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do Coronavírus”

Como já mencionado, o Estado não pode decretar estas restrições a não ser que haja base em dados científicos, dito isto, é importante que se faça entender de que modo serão aplicados à sociedade o isolamento e a quarentena.

No caso do isolamento, esta poderá ser determinada pelo médico ou recomendada por agente sanitário pelo prazo máximo de 14 dias, podendo se estender por mais 14 em caso que se comprovarem que aquelas pessoas possam ainda oferecer algum risco de transição da doença. Quanto à quarentena, poderá ser decretada por administradores locais da saúde, a exemplo disto, no Amazonas o Decreto 42.061, de 16 de março de 2020.

Nota-se que um ponto que não se pode ignorar quando nos referimos à garantia do direito à vida é o direito à saúde, neste caso, pública; sendo a qual, dever do Estado de garantir políticas sociais e econômicas que procurem dirimir o risco de contágio e de outros impedimentos que afetem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Baseando-se nisto, motivados pela situação de crise derivada do Novo Coronavírus, e buscando preservar o direito à saúde previsto no artigo 197 da Constituição Federal “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário e às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, foram editados decretos de isolamento.

A título de exemplo, podemos usar o referido Decreto Estadual nº 42.061, 16/03/20, editado pelo Governador do Amazonas. O instrumento dispõe sobre a decretação de situação de emergência na saúde, assim como suspensão de eventos e aulas em rede pública (as aulas na rede privada a sugestão por suspensão) e outras medidas. Buscou-se aplicar os direitos supracitados, leiam-se, direito à vida e à saúde.

Embora, à primeira vista, as medidas que asseguram os direitos digam respeito ao Executivo, o termo Estado aplica-se aos Três Poderes. Como exemplo disto,

podemos tomar o *lockdown* (bloqueio total) adotado no estado do Maranhão, abrangendo as cidades de São Luís, Raposa, Paço do Lumiar e São José de Ribamar. O instrumento foi aplicado pela Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca da Ilha de São Luís, a pedido do Ministério Público. Proibiu-se o trânsito de pessoas e suspenderam-se serviços não essenciais. Restringiu-se até o tráfego de veículos, excetuando os de saúde e serviços de segurança.

Destaca-se ainda que as regras de isolamento amainam (respeitadas as necessidades essenciais ao funcionamento da sociedade) o direito de ir-vir, caro aos direitos da personalidade. Logo, muito embora o direito referido disponha de atenção ímpar em nosso ordenamento, levou-se em conta que o interesse coletivo deveria prevalecer quando mensuradas as consequências.

Tal premissa também se aplica no sentido de possibilitar que apenas serviços essenciais sejam oferecidos à população, restringindo outras atividades econômicas.

Isto nos leva a abordar outro ponto delicado das consequências decorrentes à crise epidemiológica: impactos econômicos. Discorreremos sobre isto no capítulo seguinte.

3.IMPACTOS ECONÔMICOS E OUTRAS MEDIDAS

Não se pode mencionar reflexos negativos gerados pela Pandemia do Novo Coronavírus (Covid-19) sem citar os econômicos. Num país com uma enorme parcela da população vivendo em vulnerabilidade e também sem emprego formal, no qual carteira assinada é um detalhe à parte, deve-se considerar com atenção o tema.

Em agosto de 2019, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística indicou que a informalidade no Brasil era de aproximadamente 38,8 milhões de pessoas (número que abrange trabalhadores por conta própria e sem carteira assinada), o que representa 41,4% da população empregada no país.

Dito isto, é importante que se entenda que os que trabalham por conta própria estão numa das classes mais afetadas por conta da condição de hipossuficiência em que já se encontravam. Ademais, informalidade se trata de todo empregado que se encontra fora da proteção conferida pelo vínculo trabalhista.

Segundo a OIT, são considerados informais: “as unidades econômicas não agrícolas produtoras de bens e serviços, com objetivo principal de gerar emprego e renda para as pessoas envolvidas, excluída a produção de serviços e bens para autoconsumo”.

A informalidade no Brasil provém de vicissitudes históricas inescapáveis à sociedade. Neste contexto, (CESAR, 2010):

Segundo Pochmann, desde a transição do trabalho escravo para o trabalho livre decorrente do avanço do capitalismo no Brasil não houve imediata interrupção das atividades de natureza servil. Para ele, “a abolição do trabalho escravo ocorreu simultaneamente à não realização de reforma agrária e à absorção de um importante contingente de trabalhadores imigrantes europeus’ (POCHMANN, 1998, pág. 200). Ele explica que parcela quase integral da população negra não teve acesso à terra, ficando à margem da produção agropecuária, bem como permaneceu excluída do mercado de trabalho capitalista. Isto em virtude do ingresso de mão de obra branca imigrante em quantidade superior às necessidades imediatas do mercado produtivo local, que gerou excedente de força de trabalho.

Conforme supracitado nos capítulos anteriores, compete ao Estado Brasileiro assegurar e conferir a dignidade da pessoa humana aos cidadãos. Relacionado a isto, foi concedido benefício emergencial pelo Governo Federal, a pedido do Poder Legislativo, com o objetivo de mitigar o déficit econômico causado em razão da Pandemia do Novo Coronavírus.

O benefício foi instituído pela lei 13.982/2020 (a qual alterou a lei 8.742/93) e previa a concessão do valor de R\$ 600,00 durante o período de três meses.

Inicialmente, ele foi pleiteado pelo Poder Legislativo e em seguida aceito pelo então Ministro da Economia como um programa temporário para o pagamento de auxílio emergencial no valor de R\$ 200,00. Entretanto, o Poder Legislativo, mediante a PL 9.236/17 majorou o valor para R\$ 600,00.

Embora seja indiscutível a importância de tal medida, constatou-se um número alto de tentativas de fraude e de pessoas que, apesar de se enquadrarem nos requisitos, não tiveram acesso ao benefício. Dados estes largamente divulgados pela imprensa. Foram anunciadas providências acerca disto.

Entretanto, a Pandemia afetou todas as áreas sócio-políticas e econômicas. Porquanto, deve-se citar que o Governo Federal anunciou diversas outras medidas emergenciais, das quais abordaremos mais atentamente três.

No campo do Trabalho e Emprego, editou-se a MP 936, que dispõe sobre a manutenção de contratos de trabalho durante a Pandemia, concedendo

compensações aos empregadores, usando como base o seguro-desemprego a que o empregado teria direito em caso de desligamento. Salienta-se o respeito às indenizações em caso de demissão sem justa causa.

Confere-se ao empregador a possibilidade de acordar com os funcionários a redução de jornada por até 90 dias, mantendo o salário-hora destes. A suspensão do contrato também é permitida.

Evidencia-se que o Governo buscou uma forma de equalizar os danos que a crise na saúde trouxe ao binômio empregador-funcionário, para, em justa medida, auxiliar a ambos.

Uma vez que estamos abordando os aspectos econômicos, como segunda medida citada apresenta-se o auxílio do Banco Nacional do Desenvolvimento. A instituição anunciou a suspensão de cobrança de empréstimos durante um semestre, além de injeção de R\$ 55 bilhões na economia, a fim de auxiliar caixas de empresas. Em seguida, a Caixa Econômica Federal anunciou que reduziria juros, sendo possível até a suspensão, durante 90 dias, quanto a pagamentos de prestações de empréstimos firmados por pessoas físicas e jurídicas, abrangendo também os habitacionais.

Por último, o Conselho Monetário Nacional, exonerou os bancos de aumentarem o provisionamento no caso de repatriação de operações de crédito realizadas nos próximos seis meses, numa ação para facilitar a renegociação de dívidas e extensão do prazo para saldar parcelas de empréstimos.

Porém, como dito anteriormente, a crise possui diversas camadas. Se levarmos em conta que ela é de cunho sanitário e econômico, é pertinente a terceira medida sobre a qual falaremos.

O Senado Federal acaba de aprovar, no dia 02 de junho, um Projeto de Lei que regula a suspensão do ajuste anual de preços de medicamentos, assim como o valor de planos de saúde. A iniciativa impõe que o congelamento de preços de medicamentos por 60 dias e 120 no que diz respeito a planos de saúde. Ressalta-se que a matéria já havia sido prevista por Medida Provisória, mas o Legislativo buscou conferir seguridade. O Projeto passará ainda pela deliberação da Câmara.

CONCLUSÃO

Em sede de considerações finais, constata-se que levando em conta o caráter erga omnes da Constituição Federal, as normas existem tanto para reger o comportamento do Estado, vide Administração Pública, quanto o particular. Existe o dever de observância destas ainda que as circunstâncias aparentem ser emergenciais,

ou seja, por mais que exista discricionariedade aplicada aos atos do administrador, por exemplo, não se pode permitir que bens ou serviços sejam contratados sem licitação antes que o gestor declare situação de emergência ou decrete medida expressa para tal, haja vista que devem ser respeitadas as normas e os ritos.

Tal premissa recai também ao cuidado que o gestor deve empregar no campo econômico, aplicado ao contexto social da população, motivo que ensejou as referidas medidas emergenciais referentes a auxílio financeiro tanto a pessoas físicas quanto a flexibilização de dívidas com bancos públicos, beneficiando também o empresariado.

Como já mencionado no desenvolvimento do artigo, o Estado abrange os três poderes de modo que devemos pontuar a iniciativa do legislativo em editar lei que disponha sobre o congelamento de preços de medicamentos e planos de saúde.

Em suma, em meio ao contexto atual pelo qual passamos, explicita-se a necessidade tanto de diálogo quanto de consenso entre os poderes, a população e a iniciativa privada.

Decerto que este momento entrará para a história, é necessário que se observe atentamente cada medida tomar seja ela em âmbito público ou privado.

REFERÊNCIAS PRELIMINARES

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2014.

DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

CESAR, Anna Luiza de Araújo Ceroy. Informalidade e flexibilização das leis trabalhistas: uma análise a luz das reformas tributária e previdenciária. Revista Jus Navigand, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3846, 11 jan. 2014. Disponível em: [HTTPS://jus.com.br/artigos/26366](https://jus.com.br/artigos/26366). Acesso em: 18 jun.2020;

GASPARINI, Diogines. Direito administrativo. 13. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008;

MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUKAY, Toshio. Administração pública na Constituição de 1988. São Paulo, Saraiva, 1989.

BRANDÃO, Marcelo. Senado aprova congelamento de preços de remédios e de planos de saúde. AGÊNCIA BRASIL, Brasília, 02 de jun. 2020. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-06/senado-aprova-congelamento-de-precos-de-remedios-e-de-planos-de-saude>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GALVÃO, Guilherme. MP 936/20 – Flexibilização das relações de trabalho durante a pandemia. JusBrasil, c2020. Disponível em <https://guilhermeag10.jusbrasil.com.br/artigos/827653239/mp-936-20-flexibilizacao-das-relacoes-de-trabalho-durante-a-pandemia>. Acesso em 18 de jun. 2020.

O REGIME JURÍDICO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA ENTRE EX-CÔNJUGES E A ESTABILIDADE DO EQUILÍBRIO SOCIOECONÔMICO PÓS-CASAMENTO

CRISTIANE PEREIRA XAVIER:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus CEULM/ULBRA.

Resumo: Pensão alimentícia é o valor pago a uma pessoa para o suprimento de suas necessidades básicas de sobrevivência. Apesar da palavra derivar de alimento, não significa que o valor deva ser destinado somente aos alimentos, mas sim a todas as necessidades básicas, tais como: moradia, vestimenta, educação, saúde, entre outros. Embora seja comum que a pensão alimentícia seja devida pelos pais em relação aos filhos menores, o código civil estabelece que, os cônjuges, companheiros ou outros parentes podem dividir uns com os outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com sua condição social, ou seja, o dever de alimento ou custódia de pensão não está destinada somente aos filhos. Deste modo, o presente artigo irá tratar dos direitos legais que o ex-cônjuge irá ter caso haja uma separação e ele exija tal direito.

Palavras-chave: Pensão alimentícia - Alimentos - ex-cônjuge - divórcio

Abstract: Alimony is the amount paid to a person to meet his basic survival needs. Although the word is derived from food, this does not mean that the value should be used only for food, but for all basic needs, such as housing, clothing, education, health, among others. Although it is common for alimony to be owed by parents in relation to minor children, the civil code establishes that spouses, partners or other relatives can share with each other the food they need to live in a manner compatible with their social condition. , that is, the maintenance or custody duty is not just for children. Thus, this article will deal with the legal rights that the ex-spouse will have in case of separation and that he / she demands that right.

Keywords: Alimony - Food - ex-spouse - divorce

1. Introdução

Problema: De que forma os Tribunais têm decidido acerca do trinômio possibilidade, necessidade e proporcionalidade, nas questões oriundas da prestação de obrigação alimentar entre ex-cônjuges?

A instituição da concessão de pensão alimentícia entre ex-cônjuges é um tema inovador e de intensos debates dentro do direito de família, o qual objetiva

esclarecer em quais situações e em que particularidades influenciará o deferimento das prestações oriundas de obrigação alimentícia entre ex-cônjuges.

Neste contexto, ressalta-se que a prestação da obrigação alimentar é o meio apto a assegurar a sobrevivência do indivíduo, uma vez que, é adequado para atingir os recursos imprescindíveis à subsistência daqueles que por si só, não conseguem prover sua manutenção pessoal em decorrência de motivos de saúde, incapacidade, impossibilidade ou mesmo ausência de trabalho. Neste íterim, o conteúdo em questão, ganha elevado mérito, tendo em vista, que é fundamento assegurador do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual fundamenta que a prestação de alimentos deve satisfazer a necessidade básica e essencial de sobrevivência, com condições mínimas de dignidade para o ser humano, bem como, do princípio da solidariedade familiar que se sustenta na obrigação de assistência mútua para com os demais parentes, garantindo um mínimo necessário para o seu desenvolvimento.

Ademais, cumpre esclarecer que dentre os inúmeros requisitos apontados recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, dentre os basilares, destacam-se as condições e necessidades do alimentando, ou seja, a pessoa que receberá a pensão, e as condições e possibilidades do alimentante, quem pagará.

Portanto, apesar de constitucional, o dever de prestar alimentos à ex-cônjuge é medida excepcional e tem caráter temporário e imprescindível quando respeitados seus requisitos de admissibilidade, conforme serão demonstrados no decorrer da pesquisa.

O exposto tema possui grande importância, isso porque, busca-se nesta pesquisa, realizar uma análise do cenário recentemente decidido pelos Superiores Tribunais de Justiça no que é pertinente a concessão da pensão alimentícia fornecida para ex-cônjuges.

Neste íterim, implica informar que a prestação de alimentos, visa imperiosamente socorrer aqueles impossibilitados de realizarem o próprio sustento, proporcionando o mínimo para uma sobrevivência sadia. Desta forma o referido instituto baseia-se principalmente no princípio da solidariedade familiar e princípio da dignidade da pessoa humana, ambos previstos na carta magna, os quais intentam assegurar ao ser humano um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a sua valorização.

Portanto, concessão aos alimentos deverá passar pela análise dos magistrados que observará as circunstâncias de cada caso concreto sem qualquer discriminação ou tratamento distinto, e com o único objetivo de apurar os requisitos

essenciais da obrigação alimentar, sem colocar homem e mulher em posições desiguais e sim tratando-os conforme rege o princípio da isonomia.

2. PRINCIPAIS APONTAMENTOS REFERENTE A PENSÃO ALIMENTÍCIA

Alimentos, segundo a precisa definição de Orlando Gomes são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si só. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência.

O instituto da pensão alimentícia entre ex-cônjuges se fundamenta na análise do artigo 1.566, inciso III, do Código Civil Brasileiro, o qual dispõe expressamente que é dever dos cônjuges a mútua assistência. Partindo desta análise, cabe mencionar que a mútua assistência não é uma mera consequência prática do divórcio e sim oriunda de um pressuposto de necessidade e possibilidade a ser considerado pelo Juiz a depender do caso concreto.

O vocábulo “alimentos” detém de uma abrangência significativa, ou seja, superior ao simples significado de prestação ou obrigação alimentar, isso porque, têm relevância não somente no sustento do alimentando, mas também na sua condição social e moral.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2015. p.507)

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes. Há “um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico”. Originariamente, não passava de um dever moral, ou obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou no *cáritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. É inata na pessoa a inclinação para prestar ajuda, socorrer e dar sustento.

Pelo aduzido, importa mencionar que o dever de mútua assistência material mesmo após a dissolução do vínculo se respalda no dever de solidariedade que deve existir entre os cônjuges durante a relação conjugal e após o seu término.

Além disso, existem precedentes a serem analisados sobre a concretização deste dever, os quais se justificam os ideais de razoabilidade, necessidade e possibilidade.

À vista disso, a Constituição Federal de 1988 determina que a mulher seja tratada de forma isonômica em relação ao homem, em deveres e direitos, evitando a desigualdade quando colocado em pauta o dever de mútua assistência que respalda o princípio da isonomia entre os cônjuges.

Ademais, o artigo 1.694 do Código Civil de 2002 estabelece a obrigação recíproca (podendo recair tanto sobre homens quanto sobre mulheres) observando de antemão a proporção da necessidade daquele que pleiteia a prestação e da possibilidade dos recursos a serem destinados, é o chamado binômio necessidade-possibilidade.

2.1 Excepcionalidade da obrigação alimentícia entre ex-cônjuges

Para o Superior Tribunal de Justiça, existem muitos precedentes claros ao definir quando os alimentos serão devidos entre ex-cônjuges, dentre eles, os que se destacam são: necessidade, proporcionalidade, possibilidade, excepcionalidade, temporalidade e os casos de exoneração, ou seja, a devida assistência será de acordo com as condições de ambas as partes. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem focado seu interesse na questão dos alimentos para ex-cônjuge, cogitando a ideia de obrigação, uma exceção à regra estabelecida, caso apenas quando constituída a dependência do outro ou a carência de ajuda alheia.

Na antiga sociedade brasileira, a legislação garantia os alimentos sob qualquer condição. A pensão alimentícia aparecia de forma obrigatória nos processos de separação. Nesse processo, se buscava o responsável pelo insucesso no relacionamento e isso era o que definia o determinado valor da pensão. Não existe um método próprio para definir a quantia da pensão, por isso é levada em consideração todas as variáveis possíveis, tais como a quantia necessária para que o alimentando possa viver conforme seus gastos e o valor que o alimentante será capaz de custear, fazendo uma divisão da conta o mais similar possível para que nenhum dos indivíduos seja prejudicado financeiramente.

O ordenamento jurídico pátrio tem sofrido constantes modificações devido ao reflexo da "nova sociedade". O direito de família é um dos institutos mais polêmicos no que tange a essas inovações, atualmente o reflexo desta nova sociedade trouxe maior isonomia entre gêneros, principalmente nas questões relacionadas a igualdade de tratamento e independência financeira. Por este motivo que o benefício é de caráter temporário, para que nenhum dos cônjuges saia

prejudicado. Dito isto, a lei deixa claro que não veio para gerar um caos financeiro para ambos os lados e sim para ajudar a amenizar o problema em evidência.

2.2 Alimentos entre ex-cônjuges: para o STJ, Excepcionais e Temporários

O STJ possui entendimento pacificado no quesito de que a pensão alimentícia entre ex-cônjuges não pode ser fixada de forma automática e sem prazo para seu fim. No entendimento do Tribunal, a obrigação alimentar entre ex-cônjuges, além de ser exceção, tem caráter temporário e em decorrência dessa transitoriedade, vem sendo denominada pela doutrina e pela jurisprudência como “alimentos provisórios”.

A obrigação alimentícia entre ex-cônjuges, como lido anteriormente, tem caráter provisório, pois trata-se de uma forma do lado prejudicado se assegurar ao benefício, até que o mesmo possa ser inserido no mercado de trabalho ou ter condições de uma independência financeira. Servindo também como forma de preservar a dignidade do indivíduo, conforme está estabelecido no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal/1988.

Segundo a jurisprudência do STJ:

A pensão alimentícia entre os ex-cônjuges (divórcio) ou ex-companheiros (união estável) tem o objetivo de assegurar ao beneficiário, tempo hábil para que possa se inserir novamente no mercado de trabalho de modo a prover o seu sustento de forma independente, e que a perpetuidade da obrigação alimentar só se justifica em casos excepcionais, como incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho, situações estas que, evidentemente, deverão ser comprovadas no processo (RESP 1370778/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJE 04/04/2016).

Neste sentido, é notável a obrigação alimentícia devida entre ex-cônjuges passou a ser tratada como situação excepcional no meio jurídico e, salvo situações excepcionais, deverá ser fixada em caráter temporário, no qual, caberá ao juiz do caso concreto, estipular prazo razoável de duração da obrigação alimentar para que o beneficiário possa buscar sua independência econômica e se desvincular da dependência financeira do alimentante.

A pensão alimentícia para ex-cônjuge não é caracterizada como uma indenização para a parte prejudicada e sim uma forma de manter um padrão de vida para o ex-cônjuge, desde que sua necessidade seja comprovada para obter o direito de receber a pensão e por lei o alimentando terá que recorrer também a outros familiares que tem a obrigação de prestar auxílio à pessoa necessitada.

A legislação brasileira garante o direito de sustento daquele que tem menos condições, até que o mesmo possa estabilizar sua independência financeira e o não cumprimento do alimentante para com o dever estipulado pelo Juiz poderá levar à consequências, tais como seu nome negativado nas entidades financeiras de crédito como o Serasa e o Serviço Central de Proteção ao Crédito (SCPC), e a apreensão dos seus bens para o embolso da dívida e até mesmo poderá ser sentenciado à prisão civil de até três meses em regime fechado.

Existe também a possibilidade de o valor designado ser reajustado, no entanto isso só poderá acontecer se houver modificações comprovadas na necessidade do alimentando ou do alimentante. Diante disso, o interessado será capaz de solicitar em Juízo, de acordo com os meios, a isenção, a diminuição ou o acréscimo do dever.

2.3 Culpa e Alimentos

Existem muitos fatores que causam o fim do relacionamento entre cônjuges, tais como adultério, agressões físicas ou verbais e até mesmo a falta de afeto entre ambos os lados, levando então à uma separação, onde o lado afetado poderá sair prejudicado tanto financeira como psicologicamente. Por motivos como estes que se torna obrigação de um dos cônjuges a prestação de assistência para que o lado prejudicado não venha passar necessidades após o término.

Segundo Flávio Tartuce (2015, pág.569)

O art. 1694 §2º do CC, como se nota, quebra a regra geral, consagrada há tempos, de que o culpado não pode pleitear alimentos do inocente, abrandando o impacto da culpa na separação judicial e litigiosa e, eventualmente, na ação de dissolução de união estável, para aqueles que entendem pela possibilidade de discussão a culpa nestas ações, o que é o caso deste autor.

Nesse contexto, o parágrafo único do art. 1.704 do CC complementa aquele último dispositivo ao enunciar que cada cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Assim, somente serão devidos os alimentos indispensáveis ou necessários ao culpado se preenchidos esses últimos requisitos, ou seja, se o culpado não tiver parentes em condições de fazê-lo, nem condições de trabalho, tudo dentro do binômio necessidade/possibilidade (ou trinômio) para alguns.

3. Considerações finais

A ordenação jurídica falha em não exigir uma discussão com análise completa sobre o caso para a aplicação de pensão alimentícia após o divórcio.

E o artigo presente teve como objetivo geral, estabelecer os direitos legais que há entre cônjuges após separação de ambos, fundamentando-se na lei nº 5.478/68, trazendo à tona a forma com que os Tribunais têm tomado suas decisões nas questões proveniente prestadas de obrigação alimentar entre ex-cônjuges.

O desenvolvimento deste tema permite formular as obrigações essenciais que o alimentante tem para com o alimentando após a decisão do Juiz no caso apresentado. O trabalho feito tomou como iniciação os principais apontamentos referente a pensão alimentícia, onde se foi abordado que, segundo o artigo 1.566, inciso III, do Código Civil Brasileiro, é obrigação dos cônjuges a mútua contribuição, tendo em mente que tal cooperação não é resultante da prática do divórcio, mas originária de uma pressuposta necessidade que será considerada pelo Juiz no final do caso.

Apesar disso, ainda existem questões anteriores a serem analisados sobre a solidificação desse dever, nos quais são justificados os ideais de razoabilidade, necessidade e possibilidade.

Outro ponto estabelecido é na questão dos alimentos entre os ex-cônjuges, onde está destacado a necessidade, proporcionalidade, possibilidade, excepcionalidade, temporalidade e os casos de exoneração. Contudo, devido ao reflexo da “nova sociedade”, o ordenamento jurídico sofre constantes modificações, tornando o direito da família um assunto mais polêmico, trabalhando a isonomia entre os gêneros, deixando claro a igualdade que deve haver no devido caso. As modificações feitas pelo ordenamento jurídico, traz para a sociedade um meio de resolver casos como este, de forma perspicaz e civilizada.

Em questão sobre a excepcionalidade da obrigação alimentícia, é esclarecido que o período de pensão, além de ser exceção, também é temporária, tendo como denominação pela jurisprudência como “alimentos provisórios”, cabendo ao Juiz estipular um prazo razoável do tempo de obrigação alimentar, até que o alimentando se torne independente financeiramente. Casos como esse devem

ter os mínimos detalhes muito bem feitos para que nenhum dos indivíduos prejudique o outro financeiramente.

O último fator estabelecido, (culpa e alimentos), de acordo com o Código Civil, afirma que pode haver a divisão dos alimentos entre os indivíduos que fazem parte da família (ex-cônjuges, companheiros ou outros parentes). Deixando explícito que está tratando das necessidades do ex-cônjuge, mas que, se alguém que também faz parte da sua família necessitar de algo, o mesmo poderá dividir o que recebe do benefício da pensão.

O objetivo de cada ponto apresentado foi esclarecer a obrigação que há entre os cônjuges após uma separação, deixando explícito as leis que contribuem para que tal ação seja feita de modo civilizado entre os indivíduos envolvidos no caso. Evitando também que haja conflitos e injustiça entre as famílias envolvidas.

4. Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. 17. P. 12-2013

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Rio de Janeiro: Ramiro M. Costa, 1945, p. 305

BRASIL. Jurisprudência STJ. Jus Brasil. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643438723/recurso-especial-resp-1763621-mg-2018-0224646-0>> Acesso em: 10 de Jun/2018.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 4. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 16-28/168.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso Moderno de Direito Civil. Família. São Paulo: Nelpa, 2002. Vol. 5. p. 258

FERREIRA, Ivan Bortolin. *Pensão alimentícia no divórcio: da inexistência da culpabilidade a análise ética do caso concreto* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51356/pensao-alimenticia-no-divorcio-da-inexistencia-da-culpabilidade-a-analise-etica-do-caso-concreto>>. Acesso em: 12 jun 2020.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 328/430.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 14. ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1988, p. 31.

LOPES HERRERA, F. Direito de Família. Caracas: Universidade Católica, 1970, p.56.

MIRANDA, Pontes de. Tratado do Direito de Família. Campinas: Bookseller, 2001. Vol. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 37. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 2. p. 342/364

MPPR. Ministério Público do Paraná. Direito de família- Pensão Alimentícia no direito de família. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/pagina-6662.html>>. Acesso em: 15 de Jun/2020

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Direito de Família. 14.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PROJURIS. Pensão Alimentícia: como funciona + guia completo. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/pensao-alimenticia>>. Acesso em: 15 de Jun/2020

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 6. p. 422.

ROBERTO GONÇALVES, Carlos. Direito Civil Brasileiro. Volume 6. Direito de Família / Carlos Roberto Gonçalves. 12ª edição – São Paulo - Saraiva.2015

ROBERTO GONÇALVES, Carlos. Sinopses Jurídicas. Volume 2. / Direito de Família/Carlos Roberto Gonçalves. 8ª edição – São Paulo - Saraiva.2002

SÁ, de Gillielson Maurício Kennedy Pensão alimentícia entre ex-cônjuges ou ex-companheiros: regra ou exceção? Disponível em: <<https://gillielson.jusbrasil.com.br/artigos/503173353/pensao-alimenticia-entre-ex-cônjuges-ou-ex-companheiros-regra-ou-excecao>> Acesso em: 10 de Jun 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5: Direito de Família / Flávio Tartuce-11. ed.rev. atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 10.ed. São Paulo: Atlas

WALD, Arnoldo. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 32

A (DES)NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI:

Pós-Graduada em Direito Ambiental – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Constitucional – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Penal – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Sanitário – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Difuso e Coletivo– Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Público – Anhanguera Uniderp. Pós-Graduada em Direito Processual Penal – Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil – Damásio Educacional. Bacharel em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

RESUMO: O presente estudo visa analisar a divergência doutrinária e jurisprudencial instaurada na seara jurídica acerca da aplicação da audiência de custódia no âmbito do procedimento de apuração da prática de ato infracional, mormente diante da ausência de legislação tutelando o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: ato infracional, audiência de custódia, proteção integral, absoluta prioridade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A (DES)NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. 2.1. O DIREITO À PROTEÇÃO INTEGRAL. 2.2 DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. 2.3. O EMPREGO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O tratamento dado à responsabilidade dos adolescentes pela prática de atos infracionais passou por uma profunda mudança com o advento da Constituição de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, superando sistemas tutelares que os inferiorizavam e justificavam sua irresponsabilidade com base na sua incapacidade.

Os adolescentes passam, portanto, a serem tratados como sujeitos de direito,

destinatário de uma medida socioeducativa quando seu agir configurar uma conduta delituosa, denominada tecnicamente de ato infracional.

Esse remodelamento realizado pela doutrina da proteção integral passa a reconhecer os infantes como pessoas em desenvolvimento, conforme o princípio do melhor interesse, restringindo-lhes a liberdade apenas em casos excepcionais.

Nesse diapasão, instaurou-se uma divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da extensão da aplicação da audiência de custódia para menores apreendidos em flagrante. De um lado defende-se sua realização como forma de garantir a celeridade do procedimento de apuração do ato infracional mediante a racionalização da intervenção judicial. De outro norte, entende-se que a sistemática prevista pela legislação juvenil prevê um procedimento ágil, garantindo ao adolescente que a restrição de sua liberdade seja apenas excepcional.

A relevância do tema é inquestionável, tanto mais diante da aplicação dos princípios que regem os direitos da criança e do adolescente como o superior interesse, a proteção integral e a absoluta prioridade.

2. A (DES)NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

2.1. O DIREITO À PROTEÇÃO INTEGRAL

A quebra de paradigma no tratamento dado às crianças e aos adolescentes no ordenamento jurídico pátrio somente pode ser verificada a partir da concepção da Constituição Federal de 1988, que erigiu como dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar às crianças e aos adolescentes, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, CF).

A mudança de tratamento dada em relação à tutela infanto-juvenil, na esteira da Declaração Universal de Direitos da Criança de 1959 e da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, verifica-se diante da constatação de que se passa a tratá-los como sujeitos de direitos, os quais devem ter garantidos sua proteção integral conforme condição de pessoas em desenvolvimento peculiar.

Sob esse prisma, revogou-se o antigo Código de Menores, o qual determinava que somente àqueles menores de 18 anos, em situação irregular, poderiam ser sujeitos à intervenção estatal. Segundo essa ultrapassada perspectiva, a solução das

controvérsias envolvendo menores dava-se no âmbito preponderantemente jurisdicional, não havendo diferenciação entre infantes em situação de risco e adolescentes infratores. Considerava-se, assim, uma questão que envolvia um problema social no qual o Estado somente seria chamado a intervir quando estritamente necessário, dando um tratamento aos menores como se fossem um "objeto" de proteção. Abdicava-se, desse modo, de um modelo de prevenção, em que seriam assegurados seus direitos fundamentais, para tratar das situações envolvendo crianças e adolescentes somente quando houvesse violações.

Essa nova visão consagrada pela Carta Magna passou a ser regulamentada no âmbito infraconstitucional a partir do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, encampando a doutrina da proteção integral e a singularidade dos sujeitos em questão.

O novo diploma passou a considerar a existência de apenas uma única infância, gozando as crianças e adolescentes, independentemente de sua situação fática ou jurídica, de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (art. 3, caput e § único, ECA).

Além disso, a instituição da doutrina da proteção integral promoveu uma descentralização do atendimento infanto-juvenil, passando diversas controvérsias a serem resolvidas no âmbito administrativo, por meio dos Conselhos Tutelares e dos Conselho de Direitos das Crianças e Adolescentes, sob fiscalização do Ministério Público. Restringiu-se, desse modo, a intervenção do poder judiciário às hipóteses em que inviável solução nas demais searas ou quando relacionada à restrição dos direitos fundamentais.

Ademais, promoveu-se uma diferenciação entre o adolescente infrator e o infante que se encontra em situação de risco, destinando àquele as medidas sócio-educativas, e a este as medidas de proteção. Sob esse viés, o sistema de institucionalização, aparentemente concebido como regra na doutrina da situação irregular e que não diferenciava seus participantes, torna-se exceção na doutrina da proteção integral, respeitando-se a condição peculiar de ser humano em desenvolvimento.

Centralizou-se a família e promoveu-se seu empoderamento, encarregando não apenas ao poder público, mas também àquela junto da comunidade e da

sociedade em geral a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 4, ECA).

Nesse cenário, para asseguuração dos direitos das crianças e dos adolescentes é hialino a existência de alguns postulados normativos que preponderam sobre o sistema infanto-juvenil, sendo eles: o superior interesse da criança e do adolescente, a proteção integral e a prioridade absoluta.

O princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, o aplicador do direito deve buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente, ou seja, que dê maior concretude aos seus direitos fundamentais.

Por sua vez, a proteção integral tem como objetivo garantir a instituição de direitos fundamentais específicos e compatíveis com seus sujeitos especiais, unificando o tratamento despendido às crianças e adolescentes, na qual todos devem ser sujeitos de direitos e gozam de um conjunto de mecanismos jurídicos voltados a sua tutela.

A garantia de prioridade absoluta estabelece que a tutela de direitos da criança e do adolescente tem sempre precedência sobre a tutela de quaisquer outros direitos ou interesses, decorrendo daí a prioridade máxima a ser respeitada pela família, pela sociedade e pelo Estado. Os direitos decorrentes da prioridade absoluta compreendem: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude

Como dito, a partir destes postulados, fundamentam-se os demais princípios previstos no estatuto dentre eles: condição das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, responsabilidade primária e solidária do Poder Público, privacidade, intervenção precoce e mínima, proporcionalidade, atualidade, responsabilidade parental, prevalência da família, obrigatoriedade de informação e oitiva e participação da criança e adolescente compulsória (art. 100, ECA).

Infere-se, segundo tais princípios, que nenhuma criança ou adolescente poderá ser objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (art. 5, ECA).

Há, em verdade, que sempre se realizar uma interpretação favorável do Estatuto da Criança e do Adolescente ao Menor para a concretização de seus direitos fundamentais, observando-se os fins sociais a que ele se dirige (Art. 6, ECA).

Nesse diapasão, atentando-se ao vetor axiológico máximo do ordenamento jurídico, qual seja a garantia da dignidade da pessoa humana, os direitos assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente quando da prática de atos infracionais devem ser valorados para que se possa promover a brevidade e a excepcionalidade das medidas a serem aplicadas, sem descuidar do dever de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

2.2 DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

De proêmio, cumpre elucidar que o modelo de responsabilização penal juvenil deve observância a inimputabilidade das crianças e dos adolescentes por meio do critério etário (art. 228 da Constituição Federal e art. 104 da Lei n. 8.069/1990), uma vez que os menores de 18 (dezoito) anos não podem ser submetidos à legislação penal.

Nesse cenário, a lei infraconstitucional sobre os direitos das crianças e dos adolescentes conceitua o ato infracional como a conduta praticada pelos menores de 18 (dezoito) anos que seja descrita como crime ou contravenção.

A respeito do tema, Karyna Sposato elucidada que:

Em face do princípio da legalidade, a definição de ato infracional, ao remeter-se à conduta descrita como crime, está diretamente relacionada à atribuição da pena pelo direito penal comum. Resulta claro e evidente que a existência do ato infracional restringe-se às hipóteses legais aptas a sancionar o adulto. Adotou-se, portanto, técnica de tipificação delegada, pois tudo o que é considerado crime para o adulto também é em igual medida considerado para o adolescente. Ao adolescente, contudo, imputa-se a mesma responsabilidade em face do crime ou da contravenção penal, em que pesem as diferenças substantivas entre essas duas espécies de delito. A conduta praticada pelo adolescente somente se afigurará como ato infracional se, e somente se, contiver os mesmos aspectos definitórios da infração penal (SPOSATO, 2013, p. 40).

No mesmo sentido, Paulo Henrique Aranda Fuller Guilherme Madeira Dezem Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2009., p. 81) preconizam que:

Adota-se um mecanismo de tipicidade remetida (ao direito penal comum), que incorpora o princípio da legalidade -reserva legal e anterioridade - ao sistema de responsabilidade especial do ECA (art. 5º, XXXIX, da CF; art. 40, n. 2, a, da Convenção sobre os Direitos da Criança - Dec. 99.710/1990). A substituição da doutrina da situação irregular (etapa tutelar) pela doutrina da proteção integral (etapa garantista - art. 1.º) ensejou uma limitação do poder punitivo estatal: a possibilidade de intervenção punitiva por medida socioeducativa (art. 112) somente pode ser cogitada em face de uma conduta que seja tipificada como infração penal para os adultos. Em outras palavras, as situações de risco do art. 98 permitem a aplicação apenas das medidas de proteção (art. 101), pois as medidas socioeducativas (manifestação do poder punitivo estatal) dependem da configuração de um ato infracional praticado por adolescente (art. 112, caput).

Há, portanto, uma dualidade no sistema de responsabilização previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, em que os adultos estarão sujeitos a penas e medidas de segurança e os menores de 18 anos a medidas socioeducativas e de proteção, em consonância com a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

O modelo de responsabilidade especial trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente realizou, também, uma distinção interna entre crianças, menores de 12 anos, e adolescentes, menores de 18 anos (art. 2). Com substrato na capacidade de entendimento, prevê o diploma legal que as crianças estarão sujeitas à medida de proteção no caso da prática de ato infracional enquanto os adolescentes estarão sujeitos também às medidas socioeducativas.

Nesse caminhar, cumpre elucidar que a aplicação das medidas socioeducativas a adolescentes que praticam atos infracionais sujeita-se a um procedimento próprio, delineado pelos artigos 171 a 190 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sem descurar dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, este diploma pressupõe a observância de que a aplicação da restrição de liberdade ao adolescente apenas pode ser decretada de forma excepcional, respeitando-se sua condição peculiar de sujeito em desenvolvimento e os direitos que lhe são assegurados para sua defesa.

Assim, na hipótese em que um adolescente pratique um ato infracional, é possível que este seja apreendido em flagrante ou por força de mandado judicial. Caso a apreensão seja em flagrante, deve-se encaminhá-lo desde logo à autoridade (art. 172, ECA). Por sua vez, havendo mandado judicial para sua apreensão, o adolescente deve ser encaminhado à autoridade judiciária que expediu o ato (art. 171, ECA).

Sendo o adolescente apreendido em flagrante pelo cometimento de um ato infracional mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público (art. 175, ECA).

A partir da colheita de peças de informação (art. 173 a 178 do ECA), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) regulamenta a oitiva informal de adolescentes a quem se imputa a prática de ato infracional:

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Parágrafo único. Em caso de não apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar.

Insta destacar que a audiência de oitiva informal do adolescente possui natureza administrativa, antecedendo a fase judicial. O caráter extrajudicial da audiência informal visa formar a convicção do Ministério Público a fim de que, ao final, decida a respeito da promoção do arquivamento do procedimento de apuração de ato infracional, concessão de remissão ou representação pela prática de ato infracional para aplicação de medida socioeducativa.

Considerando o auxílio na formação do convencimento do Órgão Ministerial, Guilherme Nucci leciona que a oitiva informal:

Trata-se de uma providência importante para auxiliar a formação do convencimento do membro do Ministério Público para que possa decidir o que fazer: promover o arquivamento

dos autos, conceder a remissão ou representar. Além disso, poderá opinar pela liberação do jovem ou manutenção da internação provisória. Essa oitiva não é condição de procedibilidade para o oferecimento da representação, pelas seguintes razões: a) inexistência de previsão legal expressa para isso; b) a ampla defesa se realiza em juízo – e não fora dele; c) trata-se de oitiva informal, não reduzida a termo, de modo que é inócua a sua obrigatoriedade para dar prosseguimento à ação socioeducativa, pois nada fica documentado; d) este artigo ainda sugere a oitiva informal, além dos pais do menor, da vítima e testemunhas, evidenciando a formação da convicção do promotor a respeito de como proceder. (Nucci, 2014, p. 1613-1614).

Considerando o exposto, depreende-se que a oitiva informal permite que o membro do Ministério Público possa ter um contato direto com o adolescente, formando seu convencimento acerca da melhor medida a ser aplicada em relação ao ato praticado, segundo os princípios que regem a seara juvenil.

Essa oportunidade de comunicação com o adolescente, no entanto, tem sido questionada no âmbito jurídico, uma vez que com o implemento da audiência de custódia para os maiores de 18 anos, defende-se sua mesma aplicação no âmbito da justiça da infância e da juventude, expandindo as oportunidades de defesa dos adolescentes.

2.3. O EMPREGO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

A partir da implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio, regulamentada pela Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, passou-se a questionar no âmbito doutrinário e jurisprudencial a possibilidade de extensão deste procedimento aos adolescentes autores de atos infracionais.

Consoante a edição da sobredita Resolução, "toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão" (art. 1º).

Com substrato nas normas internacionais sobre direitos humanos, ratificadas e internalizadas com *status* normativo supralegal, operou-se uma adequação do

ordenamento jurídico interno às normas internacionais que preveem a imediata apresentação do preso em caso de prisão em flagrante.

De acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica:

"Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo." (artigo 7º, "5)

Nesse mesmo teor, dispõe o artigo 9º, "3", do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

"Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença."

Observa-se, nesse caminho, que o objetivo da audiência de custódia cinge em apresentar o indivíduo preso em flagrante à autoridade judicial competente no mesmo momento em que realizada a apreensão a fim de que possa esclarecer as circunstâncias da sua detenção, realizando sua oitiva, sem adentrar-se ao mérito de sua conduta. Nas lições de Nestor Tavorá e Rosmar Alencar:

Audiência de custódia é a providência que decorre da imediata apresentação do preso ao juiz. Esse encontro com o magistrado oportuniza um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados à pessoa presa. Deve-se seguir imediatamente após à efetivação da providência cerceadora de liberdade. É "interrogatório de garantia" que torna possível ao autuado informar ao juiz suas razões sobre o fato a ele atribuído. Ao cabo, é meio de controle judicial acerca da

licitude das prisões (TAVORÁ, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2016, p. 1249).

Acrescenta Eugênio Pacelli sobre a previsão da realização da audiência:

Quanto ao procedimento na realização da citada audiência de custódia, deve-se atentar para o seguinte: não se trata de uma antecipação do interrogatório. Mais ainda: não se está abrindo a oportunidade para o avanço acerca das circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita. A audiência destina-se tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a autuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida (família, trabalho etc). (PACELLI, 2017, p. 555-556).

O plenário do Supremo Tribunal Federal, enfrentando o tema, declarou a constitucionalidade e a legalidade da implementação da audiência de custódia, seguindo a Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do

preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP).

4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.

5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.

6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional.

7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação.

8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes.

9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes.

10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo.

11. Ação direta de inconstitucionalidade

PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. (STF, ADI 5240, Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

Sob essa perspectiva, passou-se a cogitar a aplicação do procedimento da audiência de custódia na seara da infância e da juventude aos adolescentes apreendidos em flagrante na prática de atos infracionais.

Entretanto, a utilização do procedimento da audiência de custódia na justiça da infância e da juventude não tem recebido uma ampla aceitação da comunidade jurista.

Segundo o magistrado Márcio da Silva Alexandre, em obra publicada aduzindo “A ilegalidade da audiência de custódia para adolescentes”, infere-se que:

Em relação ao adolescente, não existem as preocupações que motivaram a regulamentação da audiência de custódia no âmbito processual penal. A situação flagrancial do adolescente é bastante diferente. Passa ele pelo crivo da autoridade policial, do promotor de Justiça e do Juiz, no dia de sua apreensão. Há assim um controle triplo sobre ela. Por fim, vale ressaltar que, ultrapassado prazo improrrogável, sem julgamento, o adolescente deve ser liberado da internação provisória de ofício pelo Juiz imediatamente, sob pena de vir a responder por crime previsto no art. 234 do ECA. Diante desse quadro, certo é que os objetivos visados pela Resolução 213/CNJ já são alcançados pela observância do procedimento previsto no ECA, pelo que não se vê vantagem em se adotá-la no âmbito do Direito Menorista. Além disso, a citada Resolução afronta os dispositivos que regulam a oitiva informal e a concessão remissão extrajudicial, razão por que é ilegal no tema.

No mesmo sentido, o Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça emitiu nota técnica rechaçando a possibilidade de normatização das audiências de custódia de adolescentes por considera-la ilegal à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Ressalte-se a patente ilegalidade da mencionada proposta, uma vez que o legislador já estabeleceu, nos artigos 107 e 172

a 181, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, um rito sumário para a liberação, na delegacia, sem necessidade de apreciação do Poder Judiciário, de adolescentes que praticam atos infracionais de menor gravidade e sem repercussão social. Nos casos em que houver necessidade do adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública, em função da gravidade do ato infracional praticado e sua repercussão social. Nos casos de infrações graves e repercussão social, deverá o adolescente apreendido ser apresentado ao Ministério Público no mesmo dia ou no primeiro dia útil imediato. Admitir a extensão das “audiências de custódia” para adolescentes apreendidos em razão da prática de atos infracionais é fazer uma interpretação equivocada da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (Nota Técnica nº 02/2016 da Comissão Permanente da Infância e Juventude do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça)

Consoante exposto pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos, a aplicação das normas de Direito Penal e Processual Penal, nada obstante servirem de parâmetro para interpretação sistemática da responsabilização por uma conduta que infrinja os ditames legais, apenas deve ser subsidiariamente aplicada às normas de Direito da Criança e do Adolescente.

Até porque, verifica-se a existência de norma expressa para que o adolescente custodiado seja apresentado ao Ministério Público em até 24 (vinte e quatro) horas após sua apreensão (art. 175, §1º, da Lei nº 8.069/90), ocasião em que será realizada sua oitiva informal e poderá ser analisada a melhor medida que se adequa ao caso concreto além das circunstâncias que levaram sua custódia e o modo como se procedeu para sua feição.

Insta mencionar que, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se que a liberação imediata do adolescente apreendido é utilizada como regra, de modo que apenas excepcionalmente será realizada sua oitiva informal. Em qualquer caso, a custódia do adolescente somente terá espaço quando houver imperiosa necessidade de sua imposição.

Ademais, diante das especificidades do Estatuto da Criança e do Adolescente, caso seja oferecida a representação pelo Ministério Público, no primeiro ato

processual, ou seja, já na audiência de apresentação, a autoridade judiciária terá contato pessoal com o adolescente e poderá, desde logo, conceder a remissão (art. 184 a 186, ECA).

Inclusive, no Fórum Nacional dos Membros do Ministério Público da Infância e Adolescência, realizado em 2014, firmou-se a tese de que “as propostas de normatização, pelas Varas, Tribunais de Justiça e Conselho Nacional de Justiça, das denominadas ‘audiências de custódia de menores’, são ilegais, pois o rito estabelecido na Lei 8.069/90 está em consonância com os direitos e garantias previstos no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), atendendo melhor ao superior interesse do adolescente apreendido”. (Enunciado 6)

Com substrato nas proposituras acima, a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado do Congresso Nacional rejeitou o Projeto de Lei 7908/17, o qual determinava que o adolescente apreendido em flagrante ato infracional fosse, obrigatoriamente, apresentado em até 24 horas à autoridade judicial competente.

Em contrapartida, após a edição do Enunciado n. 6 do Proinfância, o Comitê da ONU sobre Direitos da Criança publicou a Observação Geral N. 10, estabelecendo que “Todo menor detido e privado de liberdade deverá ser colocado à disposição de uma autoridade competente em um prazo de 24 horas para que se examine a legalidade de sua privação ou a continuidade desta” (parágrafo 83).

Nesse prisma, no caso dos Irmãos Landaeta Mejias e outros vs Venezuela, a Corte Internacional de Direitos Humanos também se posicionou pela aplicação da garantia da audiência de custódia ao adolescente infrator apreendido, de modo que de ser concedido o mesmo tratamento àqueles maiores de dezoito anos que são apreendidos em flagrante.

Extrai-se o seguinte entendimento doutrinário sobre a realização das audiências de custódia para os adolescentes que não tiverem sido previamente liberados por iniciativa do próprio agente Ministerial:

Isto permitirá a desejável (e necessária) "racionalização" da intervenção judicial, de modo que a "apresentação" do adolescente apreendido ao Juiz, em observância ao mencionado "princípio da intervenção mínima", assim como ao disposto nos arts. 184 e 186, da Lei nº 8.069/90 e item 14.1, das "Regras de Beijing" (dentre outras normas e princípios aplicáveis), somente seja efetuada após formalizada a acusação

pelo Ministério Público, por meio do oferecimento da representação socioeducativa, sendo a observância do prazo de "24 horas" para tanto cabível, apenas, se o adolescente não tiver sido previamente liberado por iniciativa do próprio agente Ministerial. (DIGIÁCOMO, 2016, P. 138)

Por sua vez, Rômulo De Andrade Moreira (2019), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, assevera que:

Determina-se que "toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão." Ao se referir à apreensão, a Resolução, evidentemente, apesar de não ser necessário, fez questão de reafirmar que o adolescente infrator deve também ser apresentado ao Juiz da Infância e da Juventude. Afinal de contas, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos vale para todos os humanos.

Em arremate, alguns Estados passaram a implementar a audiência de custódia para menores como no Maranhão, em que foi editada a Portaria Conjunta nº 1/2017 pela 2ª Vara da Infância e Juventude de São Luís, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública do Núcleo da Infância e Juventude e pela Fundação da Criança e do Adolescente, os quais fixaram que os adolescentes apreendidos em flagrante devem ser encaminhados ao Núcleo de Atendimento Inicial (NAI) para posterior apresentação ao Promotor de Justiça.

Por sua vez, no Mato Grosso do Sul, o Provimento nº 360, de 1º de março de 2016, alterando dispositivos do Provimento nº 352, de 1º de outubro de 2015, para estender a realização do ato aos adolescentes apreendidos pela prática de ato infracional

Nada obstante, a utilização das audiências de custódia para menores pelos demais Estados tem sido vista com cautela, dado o temor de se acarretar uma inversão tumultuária no rito da apuração do ato infracional, uma vez que a condução do adolescente à presença do magistrado pode transformar a regra da liberação imediata em circunstância excepcional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina da proteção integral e da absoluta prioridade, implementadas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no âmbito do direito infanto-juvenil, impõe que a restrição da liberdade do adolescente infrator seja determinada apenas em situações excepcionais.

O procedimento previsto para a apuração do ato infracional, em especial no que tange a oitiva indireta do adolescente, teve sua divergência instaurada a partir da implementação das audiências de custódia para adultos.

Nesse caminhar, passou-se a defender de um viés a expansão do instrumento para a Justiça da Infância e da Juventude a fim de garantir a celeridade do sistema e a mínima intervenção judiciária. Nada obstante, mencionada proposta não foi amplamente aceita no seio jurídico tendo em vista que o diploma juvenil estabelece explicitamente as regras a serem adotadas no caso de apreensão em flagrante de adolescente pela prática de ato infracional.

Sob esse prisma, observou-se que alguns Estados já implementaram a audiência de custódia para menores, enquanto outros se mostram receosos de sua adoção tumultuar o andamento do procedimento afeto à responsabilização do adolescente.

4. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Márcio da Silva. **Ilegalidade da Audiência de Custódia para Adolescentes**. 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2016-1/ilegalidade-da-audiencia-de-custodia-para-adolescentes-juiz-marcio-da-silva-alexandre>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Infância e Democracia**. In: MÉNDEZ, Emilio García, BELOFF, Mary (Orgs.). *Infância, Lei e Democracia na América Latina: Análise Crítica do Panorama Legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança 1990 – 1998*. Trad. Eliete Ávila Wolff. Blumenau: Edifurb, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5240 1213458, de São Paulo, de 20 de agosto de 2015. **Lex:** jurisprudência do STF.

_____. Comissão Permanente da Infância e Juventude do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça. **Nota Técnica nº 02/2016**. Disponível em: <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/notas_tecnicas/nota_tecnica022016copeij.pdf>

BRASSANELI, Camila. **Criança e adolescente: sujeitos de direitos fundamentais**. Disponível em: < <http://www2.videolivrraria.com.br/pdfs/21298.pdf>>

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado** / Murillo José Digiácomo e Ildeara Amorim Digiácomo.- Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. 6ª Edição.

Digiácomo, Murillo José. Procurador de Justiça integrante do MPPR. **Breves ponderações sobre a proposta de extensão da "audiência de custódia" para adolescentes acusados da prática de ato infracional**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná - ano 3 - nº 4, agosto/ 2016.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Estatuto da criança e do adolescente: difusos e coletivos.**

Coordenação Marco Antonio Araujo Jr. 0 9 5 Darlan Barroso 2. a edição revista, atualizada e ampliada 1edição: 1. tiragem: julho de 2009; 2. i tiragem: agosto de 2009.

IMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 4. Ed. Atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003.

KONZEN, Afonso Armando apud MACIEL. **Reflexões sobre a Medida e sua Execução (ou sobre o nascimento do modelo de convivência do jurídico e do pedagógico na socioeducação)**. In: Justiça adolescente e Ato Infracional:

socioeducação e responsabilização. ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Orgs.) São Paulo: ILANUD, 2006.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Resolução nº. 213 do Conselho Nacional de Justiça e as audiências decustódia**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4578, 13 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45771>. Acesso em: 20 jan. 2020

Nucci, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, out./2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017

Sposato, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes : elementos para uma teoria garantista**. São Paulo : Saraiva, 2013.

TAVORÁ, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE): breves considerações. 2015**. Disponível em: < <http://pgskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/185/172>> Acesso em: 20 jan. 2020

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal e juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativas e/ou aproximadores – o que diz a Lei do SINASE – a inimputabilidade penal em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: O NOVO E ANTIGO CRIME CONTRA MULHER NO CAMPO SOCIOJURÍDICO BRASILEIRO

HEDERSON COLARES DOS REIS:
Bacharel em Direito.

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

RESUMO: Este trabalho aborda como tema, a discussão sobre o tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual a partir de sua antiga e nova Lei dos crimes sexuais. Para tanto foi feita uma análise introdutória do direito penal sexual e da prostituição, buscando identificar o bem jurídico tutelado hodiernamente sem a influência de conteúdo estritamente moral. Podendo ter como resultado, na pesquisa onde serão fornecidos alguns elementos importantes sobre o histórico desde a prostituição até o tráfico internacional de pessoas, bem como opções legislativas que servirão como um instrumento de grande valia para o melhor entendimento da Lei dos crimes sexuais e relatando casos no Brasil para tentar a partir deste estudo, criar uma solução bastante plausível e concreta para este problema que está em repentino crescimento tendo como foco principal as mulheres, como vítimas, de camadas desprovidas de rendas em vários países. A metodologia empregada foi através de coleta de dados bibliográficos, análise em doutrinas, jurisprudências, revistas, periódicos e internet com finalidade de explorar o tema tratado.

Palavras-chaves: Tráfico internacional de mulheres. Exploração sexual. Lei dos crimes sexuais.

ABSTRACT: This paper deals with the theme of the discussion on the international trafficking of women for the purpose of sexual exploitation based on its old and new Law on sexual crimes. To this end, an introductory analysis of sexual criminal law and prostitution was carried out, seeking to identify the legal good protected today without the influence of strictly moral content. As a result, the research will provide some important elements about the history from prostitution to international human trafficking, as well as legislative options that will serve as a valuable tool for better understanding of the Law on sexual crimes and reporting cases in Brazil to try from this study, to create a very plausible and concrete solution to this problem that is in sudden growth with the main focus on women, as victims, of strata without income in several countries. The methodology used was through the collection of bibliographic data, analysis of doctrines, jurisprudence, magazines, journals and the internet with the purpose of exploring the topic treated.

Keywords: International trafficking in women. Sexual exploitation. Sexual crimes law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O SURGIMENTO DO TRÁFICO DE MULHERES. 2.1 Histórico e Definição. 3. CARACTERÍSTICAS DO TRÁFICO DE PESSOAS. 3.1 origens no brasil. 4. OS FATORES PROPÍCIO DO TRÁFICO. 4.1. Corrupção de Funcionários Públicos. 4.2. Turismo Sexual. 4.3. Emigração Indocumentada. 4.4. Discriminação de Gênero. 4.5. Ausência de Oportunidade de Emprego Lícito e Digno 5. ROTAS DO TRÁFICO NO BRASIL. 5.1 Aspectos jurídicos nacionais e internacionais do tráfico internacional de mulheres. 5.2 Suas dimensões jurídicas no ordenamento penal. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A priori, será demonstrado conceito, evolução como funciona o Tráfico Internacional de Mulheres para fins de exploração sexual no âmbito sociojurídico brasileiro, corresponde assim como um novo modo de violação de direitos humanos objetivando a análise da antiga e atual legislação e políticas de enfrentamento e combate a este crime.

Retratar as características acompanhadas dos requisitos de rotas de atuação pelas redes sobre a exploração do turismo sexual que vem crescendo gradativamente no Brasil. Além de explanar o modo de vida sofrido das mulheres desde a abordagem da futura vítima, do início, até o último momento da exploração sexual, os danos sofridos as mulheres e seu modo de vida após serem aliciadas.

As características acompanhadas dos requisitos que modernizam de forma globalizada, além das formas que são tratadas na lei, e abordagem dos doutrinadores com visão distinta acerca do assunto.

O tráfico de pessoas não é uma temática, porém seu debate vem aumentando significativamente nas duas últimas décadas não podendo mais ser tratado como um crime qualquer pelo fato de envolver significativas violações de direitos fundamentais e submissão das vítimas a posteriores situações degradantes de exploração sexual.

O objetivo deste trabalho, portanto, é estimular o debate sobre esta problemática na sociedade acadêmica jurídica para chamar atenção sobre o tráfico de pessoas em especial as mulheres cuja finalidade seja abduzida pela rede para fins de exploração sexual pelo fato de serem, mas vulneráveis e frágeis diante deste ciclo da exploração e se pensar em meios que possam, além de reprimir e punir quem pratica este tipo de crime.

Apesar de o país atravessar uma crise financeira e política, melhorar a situação social brasileira para que essas pessoas não necessitem buscar oportunidades de vida por outros meios em lugares que possam correr o risco de tornarem-se vítimas de falsas promessas e exploradas sexualmente.

Tendo em vista desenvolvido este trabalho através de coleta de dados bibliográficos, pesquisa esta, que buscou-se explorar de forma sucinta o tema tratado, além de análise em doutrinas, jurisprudências e legislação pertinente, que sustenta o assunto legalmente, objetivando uma reflexão crítica relacionada ao tema.

2. O SURGIMENTO DO TRÁFICO DE MULHERES

2.1 Histórico e Definição

O surgimento do tráfico de mulheres vem desde os primórdios bíblicamente registrados através das passagens relatada sendo assim uma das atividades mais antigas da humanidade. Seja em virtude das guerras de conquistas situações em que povos inteiros eram escravizados e transformados em mercadorias em troca de favores entre os poderosos.

Porém existem fatos bíblicos, onde demonstra a prostituição humana como meio de vida, sendo algum ponto:

O primeiro registro já é feito em Gênesis 38, de 1 - 30, onde Judá, filho de Jacó/Israel trata a sua própria nora como se fosse uma prostituta;

O tráfico de mulheres é uma constante na historia da humanidade, a principiar da Grécia Antiga onde meninas na faixa etária de cinco anos eram comercializadas como escravas e compelidas a prestar favores sexuais a seus donos.

Mas tarde na era moderna é que tais práticas recebem conotação de uma operação mercantil propriamente dita. É possível ressaltar a dimensão do problema uma vez que o tráfico de mulheres não tem somente uma utilidade, e sim várias como a prostituição, outras formas de exploração sexual assim envolvendo pessoas de todos os níveis e classes sociais, econômicos e culturais além de todas as faixas etárias principalmente em países que estão em pleno desenvolvimento em todos os aspectos e aqueles que são devastados pelas guerras.

Discorrer a respeito do tráfico de pessoas, mister se faz ressaltar nada mas justo defini-lo com base normativa internacional que é o Protocolo de Palermo, art.2º, alínea a que:

[...] o tráfico de pessoas é o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou recolha de pessoas, pela ameaça de recursos, a força ou a outras formas de coação, por rapto, por fraude, e por engano, abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade, ou através da oferta ou aceitação de pagamentos ou de vantagens para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração. .

Desse modo, para contemplar a ampliação esta definição e conceito do que seria o tráfico e exploração sexual.

Nesse sentido, o pensamento de Leal, (2001, p.04).

[...] uma violência sexual que se realiza nas relações de produção e mercado (consumo oferta e excedente) através da venda dos serviços sexuais de crianças e adolescentes pelas redes de comercialização do sexo, pelos pais ou similares, ou pela via de trabalho autônomo. Essa pratica e determinada não apenas pela violência estrutural como pela violência social e interpessoal. E resultado, também das transformações ocorridas nos sistemas de valores arbitrados nas relações sociais, especialmente o patriarcalismo, o racismo, e a apartação social, antítese da idéia de emancipação das liberdades econômicas, culturais e das sexuais humanas.

Sendo assim os aliciadores de seres humanos costumam se aproveitar da vulnerabilidade individual a partir de falsas promessas arrancando das mulheres a única coisa que lhe resta sua dignidade essência humana.

Neste aspecto, este crime resolve afrontar diretamente os direitos humanos, estimulando novos estudos onde possa vir a se concretizar ou pelo menos na tentativa de evitar que futuras vítimas possam ter seus caminhos desviados e atravessados, por pessoas mal-intencionadas na obtenção direta da luxúria, prazer e divertimentos levando-as a segregação da dignidade humana.

3. CARACTERÍSTICAS DO TRÁFICO DE PESSOAS

Compreende-se o Tráfico de Pessoas como sendo a base teórica legal para o estudo do Tráfico e Exploração de Mulheres, bem como a doutrina e a legislação vigente o caracteriza tacitamente, com a apresentação do Tráfico de Pessoas.

Esta forma de Tráfico acontece quando uma pessoa (mulher, criança ou até mesmo homem) independente do gênero é levada de seu estado para outro, ou até mesmo de um País para outro, conseguindo através de meios subterfúgios ludibrias de tal maneira em que acaba convencendo uma determinada pessoa com promessas ilusórias a fim de garantir uma alta rentabilidade financeira.

De acordo com Teresi (2007):

Essa modalidade criminosa não contém o elemento da coerção e do engano. Assim, o tráfico de migrantes não é reconhecido como uma violação dos direitos humanos, mas como uma violação às leis migratórias, e pressupõe a participação voluntárias de imigrantes com as redes de tráfico na intenção de obter a entrada ou a admissão ilegal ou irregular em outro país (TERESI, 2007, p. 22).

A referida autora destaca que a globalização da economia tem provocado a crise social, sobretudo por desmantelar as relações de trabalho, através da quebra de “contratos sociais” e de direitos dos trabalhadores, submetendo-os a relações precárias e a formas tradicionais de trabalho forçado e escravo.

A partir dos dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indica que no Brasil 3,4 milhões de crianças e adolescentes, entre 5 e 14 anos de idade estão trabalhando. Segundo estimativas do Programa Internacional para Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC), do total de crianças e adolescentes de 7 a 14 anos, trabalhando no meio urbano, em atividades consideradas degradantes, perigosas e insalubres.

O Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas foi lançado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e o Crime Organizado (UNODC) em parceria com a Iniciativa Global da ONU (Organização das Nações Unidas) contra o Tráfico de Pessoas.

O próprio relatório afirma como sendo uma forma mais comum de tráfico humano é para a exploração sexual, em que as vítimas são predominantemente mulheres e meninas. Em 30% dos países que fornecem informações sobre o gênero dos traficantes, as mulheres são a maioria dos traficantes.

Com a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial, Mulheres e Crianças (conhecida como Convenção ou Protocolo de Palermo)

teve a sua aprovação pelo governo brasileiro em março de 2004, na qual define em seu artigo 3º, a (Tráfico de Pessoas), como:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração.

De acordo com esse Protocolo, a exploração humana não inclui apenas a exploração da prostituição ou outras formas para obtenção da exploração sexual, mas também o trabalho ou serviços forçados, a escravidão ou práticas semelhantes à mesma, à servidão ou à extração de órgãos.

Embora o Protocolo esteja se referindo à prevenção, repressão e punição do tráfico, em especial envolvendo mulheres e crianças, vale lembrar, que esta aberta à inclusão de novas categorias de pessoas.

Conforme o Protocolo de Palermo, o tráfico de pessoas pode ser entendido em duas condições na forma material: a subjetiva (coação, submissão, escravidão, entre outras) e as objetivas (transporte, alojamento e recrutamento de pessoas) na qual, ambas são trazidas diretamente para o Tráfico de Pessoas, pois somente assim, poderia obter uma situação concreta e estratégica para a criação das oportunidades necessárias ao tráfico.

Nos últimos 100 anos, o Brasil passou da condição de país de destino para a de país fornecedor do tráfico internacional de mulheres e crianças. Apesar de ser um problema flagrante, não há estatística confiável para fornecer uma precisa idéia da sua extensão. É certo que o País está às voltas com o tráfico de mulheres, sobretudo para fins de exploração sexual. Mas o tráfico de crianças para adoção ilegal e a migração ilegal também são questões presentes no País e com frequência chegaram às páginas dos jornais, na última década (JESUS, 2003, p. 123).

Atualmente, não tem como pensar no tráfico internacional de mulheres como apenas um meio visto pela sociedade, como um noticiário ou informação nos seus meios de vinculação (Televisivo, radialista, jornalístico, entre outros), mais tende

de ser compreendido como sendo um crime de alta periculosidade existente desde os seus primórdios e sempre vem crescendo a cada dia que passa.

No qual vem a crescer em todo o território nacional tanto que já é considerado como a terceira forma de crime organizado mais lucrativa do Brasil, tanto que existem formações de quadrilhas, grandes e pequenas, envolvidas com esse tipo de crime.

Tudo isso porque a prostituição vem alcançando níveis muitos altos e um prospecto que parece ser irreversível e pessoas dispostas a ganhar muito dinheiro praticando o tráfico internacional e abusando sexualmente das mulheres. Por isso, elas estão sendo vítimas da indignidade e sendo tratadas como mercadorias.

Muitos órgãos não governamentais estão se unindo para dar maior ênfase ao problema. Instituições ou programas de combate ao tráfico de mulheres estão cada vez mais crescendo. Muitos também são os programas de auxílio às vítimas da exploração sexual, bem como tratamentos psicológicos que estão à disposição das vítimas. Mas, para que isso aconteça de forma concreta é preciso apoio de todos. Muitos são os tratados e Convenções que estes países estão assinando com o compromisso de zelar pela segurança dessas pessoas, vítimas do tráfico.

Consequentemente, as autoridades públicas destes países têm de atribuir a mais elevada prioridade a esta questão, intervindo a vários níveis, no sentido de combater os traficantes, advertir as vítimas potenciais e reintegrar aquelas que retornam aos seus países. A reversão desse quadro exige a construção de um novo modelo social, no qual as relações de poder não impliquem subjugação de alguns em favor de outros, modelo esse que requer a participação ativa da sociedade civil.

A condição social das mulheres e meninas determina que elas sejam vítimas preferenciais do tráfico. Para além desse dado, é preciso rever as divisões internacionais de riquezas e de poder, que produz os milhões de indivíduos deserdados da terra, dos benefícios da sociedade de consumo e dos direitos internacionalmente reconhecidos.

Por isso, entende-se como o tráfico de pessoas é uma atividade de baixos riscos e altos lucros. As mulheres traficadas podem entrar nos países com visto de turista e as atividades ilícitas são facilmente camufladas em atividades legais, como o agenciamento de modelos, babás, garçonetes, dançarinas ou, ainda, mediante a atuação de agências de casamentos (este último é mais cogitado). Onde existem, as leis são raramente usadas e as penas aplicadas não são proporcionais aos crimes, porém com as novas Leis 13.344/16, acredita-se na reformulação das leis penais para

uma maior severidade aos culpados, mesmo assim, os traficantes de drogas recebem penas mais altas do que as dadas para aqueles que comercializam seres humanos.

O baixo risco que o tráfico de pessoas representa para criminosos também pode ser ilustrado pelo número de condenações que são feitas. Em 2016, cerca de 9.200 traficantes de seres humanos foram levados à Justiça em todo o mundo. Desses, apenas 3.000 foram condenados, segundo o governo norte-americano.

Dentro desse contexto, é muito fácil entender por que parte do crime organizado está mudando seu foco principal de atuação das drogas e armas para o comércio de seres humanos ou então vindos a atuar também nessa área. Qualquer política eficaz de combate ao crime organizado não pode ignorar seus esforços contra o tráfico de pessoas.

Contudo, não se pode deixar de informar que o tráfico é uma atividade que envolve uma série de outros crimes graves. Podendo citar sempre alguns casos como: Homicídio, Estupro, Atentado violento ao Pudor, Sequestro em cárcere privado, Maus-Tratos, Trabalho escravo ou forçado.

Como alternativa, os operadores do direito podem obter seu indiciamento e condenação por outros crimes - sem deixar de alcançar o objetivo principal, que é impedir que o traficante continue livre, explorando novas vítimas.

Assim, é particularmente importante porque podem surgir casos em que não será possível obter a condenação do criminoso por tráfico de pessoas.

3.1 Origem no Brasil

O tráfico de pessoas faz parte da origem do Brasil sendo este ser o último país americano a declarar abolição da escravatura, isso se deu pelo fato do país ainda necessitar da exploração para melhorias da economia sendo que a principal atividade era agricultura, ou seja, precisava da força do trabalho escravo nas plantações. Diante disso o Brasil deva passos lentos para abolir qualquer atividade de escravidão diante da pressão da Inglaterra que na época era sua principal aliada.

E de notório saber que diante das pesquisas apontadas pelo mundo o tráfico de armas e drogas no Brasil só vem demonstrar que apesar do envolvimento desses tríplices ilícitos ele ainda é um crime independente, inclusive sendo a terceira mais rentável gerando mais um lucro exorbitante para o crime organizado.

Em termos comparativos, o tráfico de mulheres é a terceira maior fonte de renda do crime organizado transnacional atrás

apenas do comércio ilegal de armas e drogas (DAMASIO, 2003,P.73).

E de notório saber que diante das pesquisas apontadas pelo mundo o tráfico de armas e drogas no Brasil só vem demonstrar que apesar do envolvimento desses tríplexes ilícitos ele ainda é um crime independente, inclusive sendo a terceira mais rentável gerando mais um lucro exorbitante para o crime organizado.

Por ter este caráter independente percebe-se que tem crescido em um lapso de tempo tão curto várias redes especializadas no tráfico de mulheres e de pessoas, alguns agentes ficam de plantão em aeroportos de belas jovens turistas, identifica-se na modalidade de turismo, mas na verdade é turismo sexual, esse ainda é mais específico pelo fato do gasto ser menor e as chances de nunca mais essas pessoas voltarem a suas respectivas cidades e países, como também é remota de desaparecerem.

A globalização também é vista como fator de estímulo ao tráfico. A facilitação do uso de novas tecnologias de comunicação contribuiria para a organização da rede do crime e para fuga do capital empregada no negócio. (DAMASIO, 2003, P.20).

Além do tráfico de mulheres esta disfarçado em outros crimes, é fácil perceber que os avanços tecnológicos, com uso da internet, de site de relacionamentos entre outras ferramentas do mundo cibernético por diversas pessoas, principalmente jovens e crianças que cada vez mais cedo tem acesso a esses meios, isso facilita bastante o acesso e a comunicação do crime organizado com futuras vítimas. Tendo em vista que da mesma forma que é uma arma de combate a este crime, mas também em uso de seu benefício, ou seja, uma faca de dois gumes.

4. OS FATORES PROPÍCIO DO TRÁFICO

Normalmente as vítimas do Tráfico Internacional de Mulheres são pessoas vindas diretamente de classes economicamente desfavoráveis, porém não seria correto em definir a pobreza como sendo o fator principal para o tráfico, pois, este é apenas um dos fatores que o favorecem, no qual, serão explanados alguns: Corrupção de Funcionários Públicos, Turismo Sexual, Violência Doméstica, Emigração Indocumentada, Discriminação de Gênero, Ausência de Oportunidades de Emprego, Globalização e a Pobreza, lembrando que esses dados documentais são retirados da OIT (Organização Internacional do Trabalho) e onde são definidos nesta forma como referência em todo o mundo.

4.1. Corrupção de Funcionários Públicos

Existem alguns casos em que os funcionários públicos aceitam suborno de traficantes para facilitar a passagem das vítimas por fronteiras (como Marítimas, Rodoviárias e Aéreas). Em muitos casos, os próprios funcionários estão envolvidos nas redes de tráfico, vindo a receber uma grande quantia em dinheiro ou até mesmo de satisfazer com a vítima, como forma de pagamento.

4.2. Turismo Sexual

Na maioria dos casos ocorre pelo interesse de mulheres ou adolescentes do local e, ao retornar ao seu país de origem, mantém o elo com o “agente” que arranhou o “pacote turístico” inicial e com a mulher ou adolescente até que ela seja enviada ao seu encontro ou, ainda, retorna de suas “férias” levando a mulher. Uma vez no país de destino, algumas vítimas são mantidas confinadas sob o disfarce de um casamento, ou de uma relação de união estável, e outras são colocadas no mercado do sexo local para recuperar o dinheiro perdido com o transporte, alimentação, alojamento entre outras despesas da vítima.

4.3. Emigração Indocumentada

Chama-se de emigração indocumentada, o meio usado pela futura vítima, pois neste momento a mesma ainda está acreditando nas promessas propostas pelos Traficantes ou Empregadores, para ocasionar a sua saída do país e tentar entrar em outro país aonde venha a lhe oferecer a ilusão de melhores condições de vida e enormes oportunidades de emprego e ganhos.

4.4. Discriminação de Gênero

A primeira procura para o tráfico é a mulher para obtenção, como objeto sexual, e não como sujeito com direito à liberdade de escolha e livre expressão em sociedade, vindo a favorecer toda forma de violência sexual. Já percepção do homem vem como sendo o provedor emocional e financeiro, na qual, estabelece relações de poder entre ambos os sexos e entre adultos e até mesmo em crianças. Nesse contexto, mulheres, tanto adultas como crianças e adolescentes, são estimuladas a desempenhar o papel social de atender aos desejos e demandas do homem ou de quem tiver alguma forma de poder hierárquico no momento sobre as mesmas.

4.5. Ausência de Oportunidade de Emprego Lícito e Digno

Assim como a pobreza, a falta de meios de garantir a subsistência a curto e médio prazo ou até mesmo em longo prazo, e sem a menor perspectiva de ascensão

social (tanto no aspecto financeiro quanto no moral), impulsiona as vítimas a serem denominadas como “presas fáceis” e se projetando para um mundo onde dificilmente tem volta (normalmente não tem mais serventia ou quando vem a chega o óbito) nas mãos desses traficantes.

5. ROTAS DO TRÁFICO NO BRASIL

O Brasil é considerado como uma das maiores rotas para o tráfico de mulheres, na qual, o interesse das organizações criminosas é justamente pelo favorecimento do baixo custo operacional, ou seja, pela facilidade de abordar a vítima e conseguir os seus objetivos, também pela existência de boas redes de comunicação, de casas de prostituição e de portos e aeroportos, pelas facilidades de ingresso em vários países sem a formalidade de visto consular (tratando-se nos países da América do Sul), pelo tratamento especial com os turistas e principalmente pela beleza das mulheres brasileiras.

O Ministério da Justiça apurou que os Estados em que a situação é mais grave são Ceará, São Paulo e Rio de Janeiro, por serem os principais pontos de saída do país, e Goiás. No caso deste último, onde o aliciamento acontece principalmente no interior, profissionais que atuam no enfrentamento ao tráfico de mulheres acredita que as organizações criminosas se interessam pela mulher goiana pelo fato de seu biótipo ser atraente aos clientes de serviços sexuais na Europa,

Contudo, o Estado que vem crescendo com o passar dos anos é o Amazonas, pois, além da facilidade de sair da capital para ir o interior, de onde são levadas para outros estados ou até mesmo para outros Países (Colômbia, Venezuela, passando por Roraima e o Peru), devido os mesmos serem fronteiras com os interiores do Amazonas.

O Brasil também é um país receptor de vítimas do tráfico. Elas vêm principalmente de outras nações da América do Sul (Bolívia e Peru), mas também da África (Nigéria) e Ásia (China e Coreia). A maioria acaba submetida a regimes de escravidão nas grandes cidades, como São Paulo, e fica confinada em oficinas de costura, fazendo jornadas de mais de 15 horas e sendo obrigado a dormir no próprio local de trabalho.

Além das vítimas, quem acaba se prejudicando essas organizações criminosas é o Brasil, vindo a oferecer enormes riscos ao Estado da Federação como: Desestabilização Econômica, Corrupção no setor público e a Desestabilização do Mercado com seus “trabalhos” ilegais.

5.1 Aspectos jurídicos nacionais e internacionais do tráfico internacional de mulheres

Neste presente capítulo, será feita uma abordagem direta dos seus aspectos jurídicos, a partir de dispositivos legais nacionais e de acordos internacionais sobre o tema, além de efetuar uma análise sobre a Lei de Crimes Sexuais 11.106/05 e 13.344/16

5.2 Suas dimensões jurídicas no ordenamento penal

Ao adentrar diretamente nas Leis Jurídicas, devido à abordagem deste tema ser bastante complexo, logo, não se pode deixar de falar do direito penal, pois é considerado como ponto principal para o Tráfico Internacional de Mulheres, assim podendo vir a ter seus desmembramentos por outros ramos do ordenamento jurídico brasileiro, começando com a Constituição Federal de 1988 perante o seu artigo 5º, X:

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:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Toda a sociedade é regida por determinados valores e costumes tanto no mundo social quanto no jurídico, e com este tema em questão não poderá ser compreendido de forma diferente, pois este se relaciona diretamente a exploração sexual, as condições similares à escravidão e ao trabalho forçado, com uma idéia bastante lucrativa onde sempre estão expandindo para o resto do mundo vindo normalmente de países subdesenvolvidos, como o Brasil.

Em 2010, pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça e pelo Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC) analisou 48 processos judiciais e inquéritos policiais nos Estados do Ceará, Goiás, Rio de Janeiro e São Paulo.

Os dados coletados não surpreenderam ao mostrar que os homens são maioria entre os traficantes. No entanto, observou-se que há também uma alta presença de mulheres (43,7% dos indiciados por tráfico), que atuam principalmente no recrutamento das vítimas. Números próximos a esses foram também observados.

O levantamento MJ-UNODC também apontou uma predominância de acusados com mais de 30 anos de idade. No caso das mulheres aliciadoras, o fato de serem mais velhas parece lhes conferir credibilidade e autoridade para “aconselhar” as vítimas a aceitar as ofertas vindas do exterior.

Em relação aos processos e inquéritos examinados, os acusados declaram ter ocupações em negócios como casas de show, comércio, casas de encontros, bares, agências de turismo, salões de beleza e casas de jogos.

Sendo assim, os traficantes fazem com que as vítimas sejam iludidas com algumas ideias, a partir do seu perfil, pois é assim a forma eficaz de conseguir enganar essas mulheres, porém acreditam-se nesses pontos como focos principais: Oportunidades no Exterior, Desejo incontável por maior renda ou “status”, buscar a sua estabilidade emocional, Desejo por aventuras (conhecer outros Estados ou Países onde só conseguem ver por meio de televisão), a falta de recursos econômicos (considerada como a principal ideia) e a turbulência política (não possui casos no Brasil), onde se refere nas guerras civis ou governos autoritários.

Neste sentido, o artigo 149 do Código Penal veio a ser alterado pela Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003, pois afirma que:

Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Dados da Fundação Helsinque de Direitos Humanos indicam o Brasil como:

[...] responsável por 15% das mulheres que saem da América do Sul para trabalhar em cabarés, casas de prostituição, saunas e estabelecimentos do gênero em todo o mundo. A própria Organização das Nações Unidas para o Controle da Droga e Prevenção do Crime diz que o país é o maior "exportador de mulheres" para a exploração sexual em toda a América do Sul (JORNAL DA CIDADE ON LINE, 2008, p. 1).

Sendo assim, esta prática de crime "considerada como desumana, em razão de vir a se usufruir do corpo humano, não o próprio, mais de outras pessoas para almejar tudo que sempre pudessem com o intuito principal da lucratividade" (JESUS, 2003, p. 164) e "tendo a remuneração existente em grande escala, com o interesse de tirar proveito da mulher" (CAPEZ, 2005, p. 91), certamente estará inserido nos artigos 228, §1º e 230, §2º Código Penal Brasileiro:

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça.

§ 2º Se o crime for cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

Em razão do artigo 228, aparece à tentativa de ter o seu bem jurídico, em outras palavras, é exatamente o interesse social consistente em que a sua própria função sexual venha a ser exercida normalmente, conforme os bons costumes e a moralidade pública.

Já o artigo 230, consiste no interesse coletivo em que a vida sexual acaba se desenvolvendo de maneira irregular, pois acaba contrariando com os princípios da moral e dos bons costumes onde sempre tem a intenção de proteger o pudor e a honra sexual, além disso, vindo a prejudicar a vida dessas mulheres, não só na vida sexual mais também com a sua vida social.

Ocorre que na legislação nacional antes do advento da Lei 13.344/16, contava com duas figuras incriminadoras cujas condutas limitavam-se a reprimir o tráfico nacional e internacional de pessoas tão somente com a exploração sexual.

O tráfico de pessoas de pessoas estava localizado no art. 231 e 231-A, ambos no Código Penal, restrito a finalidade de exploração sexual. Sendo assim percebe-se que a proteção era insuficiente, pois o comercio de pessoas tem um espectro bem maior abrangendo outros tipos de exploração e não somente a sexual.

O principal bem jurídico protegido pela novel figura criminosa passou a ser a liberdade individual. Certamente o combate ao tráfico de pessoas deverá se intensificar mais ainda, através da cooperação entre órgão do sistema de justiça e segurança nacionais e estrangeiros.

6. CONCLUSÃO

Neste estudo buscou-se compreender o tema do tráfico internacional de mulheres, desde sua conceituação, passando por alguns de seus aspectos históricos até as legislações e medidas adotadas para sua erradicação. O fenômeno tráfico de pessoas independente de gênero esta presente em todo território global as vitimas mais vulneráveis aquelas que são afetadas pelos fatores guerra pobreza e miséria. Trata-se de um crime que vem devastando mulheres e crianças numa imensa proporção no lapso de tempo tão curto ainda muitas vezes sendo banalizado pelo poder público de alguns países e sociedade.

O combate direto com esta modalidade de crime, porém, ainda não é o suficiente para quebrar esta hipocrisia existente no pensamento arcaico de muitos seres humanos, pois, quando vem o pensamento sobre este delito muitos acreditam em uma ideia de conto de fadas, uma ilusão, devido acreditarem que as mulheres se prostituem por conta própria e vir a aceitar esta forma errônea de trabalho no exterior sendo exploradas sexuais.

Porém é coerente dizer que a política externa brasileira, embora sempre busque atender as necessidades nacionais, ao engajar-se no enfrentamento de problemas relacionado ao tráfico de pessoas, agregando valores à prática política, mais deixa a desejar quando não prioriza o tema no rol de preferências da agenda política externa nacional. Sendo assim taxado como o maior fornecedor de mulheres para o tráfico para fins de exploração e isso sem falar em fatores socioeconômicos.

Por fim, o que fere a alma da vítima não é a prática do crime de tráfico para exploração das mulheres, mas sim a omissão daqueles como sociedade que não querem ver, para nada fazer quando o dever ao combate e proteção é de todos.

REFERÊNCIAS

BIBLIA, Sagrada. **Antigo Testamento**. São Paulo: Paulus, 1991.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Trafico de Pessoas** – Lei 13.344/2016. Salvador – Editora Juspodivm.2017

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL-PARTE ESPECIAL**. Saraiva; 2010;

Decreto 5.017 de Março 2004;

JESUS, Damásio. **Tráfico internacional de mulheres e crianças – Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria DE Fátima P (orgs.). **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração comercial**. Brasília: CECRIA, 2002.

Protocolo Adicional à ONU contra o Crime Organizado Transnacional;

SALAS, Antônio. **O Ano em que Trafiquei Mulheres**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

SILVA, Tadeu. **Crimes Sexuais – Reflexões Sobre a Nova Lei 11.106/05**. Prefácio de Alberto Silva Franco. São Paulo: J.h. Mizuno, 2006.

SOUZA, Jessé. **A construção Social da Subcidadania: por uma Sociologia Política da e Modernidade Periférica**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

SANTOS, Isabela. **Do Tráfico Internacional de Mulheres**. Disponível em: www.isabelasantos.com.br/traf_mulheres, acesso em: 23/05/2019.

TERESI, Verônica. ***A cooperação internacional para o enfrentamento ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: o caso Brasil-Espanha.*** Santos [s.n.], 2007. Dissertação de Mestrado – Universidade Católica de Santos.

NOTAS:

[1] Bacharel em direito pela Ulbra, especialista em processo judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Mestre em Direito pela FDSM, advogado, autor de livros– Advogado. E-mail: rubensilvaadv@gmail.com.

OS DESAFIOS DO DIREITO DIGITAL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:

Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma discussão sobre os desafios do direito digital. A velocidade com que as tecnologias são incorporadas ao cotidiano das pessoas gera grandes dificuldades, principalmente quando se busca o acompanhamento simultâneo das mudanças. Logo, mesmo com o esforço de legisladores e operadores do Direito, sempre existe uma zona de incerteza sobre as normas em ambiente digital. Apesar de englobar questões atuais e que fazem parte do dia a dia das relações humanas, o Direito Digital ainda tem muito desenvolvimento pela frente e propõe um cenário interessantíssimo e desafiador. É um caminho promissor para profissionais criativos, inovadores e visionários.

Palavras-chave: Desafios. Direito. Digital.

Abstract: This article aims to briefly discuss the challenges of digital law. The speed with which technologies are incorporated into people's daily lives creates great difficulties, especially when seeking to monitor changes simultaneously. Therefore, even with the efforts of lawmakers and legal operators, there is always an area of uncertainty about standards in the digital environment. Despite encompassing current issues that are part of everyday human relations, Digital Law still has a lot of development ahead of it and proposes a very interesting and challenging scenario. It is a promising path for creative, innovative and visionary professionals.

Keywords: Challenges. Right. Digital.

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

Introdução

O Direito Digital é o resultado da relação entre a ciência do Direito e a Ciência da Computação sempre empregando novas tecnologias. Trata-se do conjunto de normas, aplicações, conhecimentos e relações jurídicas, oriundas do universo digital.

O cenário atual está cercado por dúvidas sobre como pensar o Direito em uma sociedade tecnológica e cada vez mais ampla. Sem contar que as leis responsáveis por regulamentar as relações digitais ainda são escassas e carecem de maior clareza.

A velocidade com que as tecnologias são incorporadas ao cotidiano das pessoas gera grandes dificuldades, principalmente quando se busca o acompanhamento simultâneo das mudanças. Logo, mesmo com o esforço de legisladores e operadores do Direito, sempre existe uma zona de incerteza sobre as normas em ambiente digital.

2 Desenvolvimento

A maioria das relações jurídicas encontra seu par em ambiente digital, como trabalhar, realizar comércio, pagar impostos, cometer crimes etc. Por isso, o ramo demanda uma regulamentação bastante abrangente, exigindo a criação ou adaptação de um grande número de normas para uma tutela adequada das condutas humanas.

Visão tradicionalista do Direito

Uma regulamentação adequada do Direito Digital requer a transformação de muitos dos conceitos jurídicos clássicos e sedimentados durante séculos, a fim de ajustá-los às características inerentes aos tempos atuais.

Não por acaso, vencer a resistência filosófica, dentro de uma área tão tradicionalista como o Direito, é um desafio a ser superado, e os profissionais precisam ficar atentos a isso.

A regulamentação das condutas em ambientes de informática apresenta uma série de desafios, quer seja para os legisladores, quer seja para os destinatários da legislação. Consequentemente, os indivíduos e as empresas podem encontrar dificuldades para orientar suas condutas.

Necessidade de adaptar normas

Como parcela considerável das atividades encontra uma correspondência em meio eletrônico, um dos grandes desafios é a necessidade de adaptar normas de diferentes áreas ao direito digital.

Um caso recente ocorreu com a reforma trabalhista, que trouxe a regulamentação do home office ou teletrabalho. Nesse caso, não só foram criados novos procedimentos, mas foi preciso definir a maneira como a CLT seria aplicada diante dessa nova forma de trabalho.

Outro exemplo é o das compras on-line, que, além de receberem a regulamentação das lojas físicas, devem respeitar o direito de desistência devolver o

pedido sem justificativa.

Essa regra foi adaptada porque, em sua época, tinham em mente as vendas de porta em porta por mostruário.

Sendo assim, o direito digital exige amplo conhecimento do conjunto de leis, bem como a capacidade de articulação com os conceitos da tecnologia da informação.

Escassez de normas específicas

Em contraste com o volume de normas de outros ramos, existe o baixo número de regulamentações específicas. No Brasil, até agora, os exemplos são o Marco Civil da Internet, a Lei de Crimes Informáticos, a Lei da Transparência e a recente Lei de Proteção de Dados.

Com efeito, a orientação da conduta requer o conhecimento das decisões dos tribunais, a fim de entender os modelos de comportamento para as atividades virtuais. Isso porque o resultado dos casos jurídicos anteriores é o melhor indício sobre quais são as normas válidas nesse campo.

Dificuldade de aplicar a lei

As relações em ambiente virtual ocorrem independentemente de território. Um chinês pode invadir computadores no Chile utilizando a conexão com um servidor na Argentina, por exemplo.

Além disso, muitas das infrações são cometidas sem a possibilidade de identificar o infrator e de se tomarem as medidas cabíveis para sua punição.

Com efeito, o cumprimento da lei pode exigir a movimentação de grande burocracia, especialmente a cooperação entre órgãos de investigação de diferentes países.

E-MAILS

O STJ já decidiu sobre a responsabilidade de um provedor de correio eletrônico que não revela dados de usuários que transmitem mensagens ofensivas por e-mail, inocentando a empresa de tecnologia.

Em outro caso, decidiu que o conteúdo de e-mails pode ser usado como prova para fundamentar uma ação de cobrança de dívida.

Em fevereiro de 2018, o STJ decidiu também que a quebra de sigilo de informações da conta de um e-mail armazenado em outro país passa por um acordo de cooperação internacional.

SEGURANÇA NA INTERNET

Em investigações que apuravam o envolvimento de organizações criminosas voltadas ao tráfico de anabolizantes, a 5ª Vara Federal de Guarulhos ordenou o fornecimento de dados de usuários do Facebook.

Em decisão de fevereiro de 2018, o STJ determinou multa de R\$ 3,96 milhões à empresa por descumprir a ordem.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO X CENSURA

Em 2010, o jornal Folha de São Paulo conseguiu uma liminar contra o site Falha de São Paulo, que faz uma paródia do periódico. O caso chegou à 4ª turma do STJ, que decidiu que se tratava de uma tentativa de censura do jornal paulista.

MONITORAMENTO DE INFORMAÇÕES

A 3ª turma do STJ decidiu contra determinação do Tribunal de Justiça de São Paulo, que obrigava o Facebook a monitorar previamente o conteúdo publicado por seus usuários.

Por ser um ramo novo, o direito digital ainda não foi integralmente explorado pelos profissionais jurídicos e tampouco seu conhecimento é difundido na população. Logo, há um grande espaço a ser preenchido em futuro próximo.

Entretanto, como a tendência é que, cada vez mais, as pessoas e empresas pratiquem seus atos on-line, a própria advocacia se adaptará e migrará com mais força para esse meio.

É possível notar uma preocupação dos juristas em conhecer os recursos e conceitos da tecnologia da informação. Igualmente, aos poucos, as atividades dos advogados passam por sua própria transformação digital, com o surgimento da chamada lawtech. A advocacia gradualmente se transforma para atender às características do direito digital.

O direito digital é bastante complexo. São inúmeros os impasses legais que envolvem tecnologias online. Com a necessidade de digitalizar os processos e trabalhar em rede para ter mais eficiência e produtividade, as empresas não vão escapar desse tipo de questão.

Por isso, precisam se preparar para ter proteção jurídica contra possíveis casos de vazamento de informações, roubo de propriedade intelectual e outras situações. O Marco Civil da Internet veio para estabelecer algumas regras, embora ainda não seja o ideal. De forma geral, o Direito Digital foi criado para adequar os fundamentos do direito à realidade da sociedade.

Conclusão

Por ser um ramo novo, o direito digital ainda não foi integralmente explorado pelos profissionais jurídicos e tampouco seu conhecimento é difundido na população. Logo, há um grande espaço a ser preenchido em futuro próximo.

Entre as iniciativas recentes, é possível notar uma preocupação dos juristas em conhecer os recursos e conceitos da tecnologia da informação. Igualmente, aos poucos, as atividades dos advogados passam por sua própria transformação digital, com o surgimento da chamada lawtech.

Apesar de englobar questões atuais e que fazem parte do dia a dia das relações humanas, o Direito Digital ainda tem muito desenvolvimento pela frente e propõe um cenário interessantíssimo e desafiador. É um caminho promissor para profissionais criativos, inovadores e visionários.

Referências bibliográficas

ALVES, Marcelo de Camilo Tavares. **Direito Digital**. Goiânia, 2009.

BLUM, Renato Opice (Coord.). **Direito Eletrônico**. Bauru, SP, 2001.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da internet**. Saraiva, São Paulo, 2000.

KAMINSKI, Omar (Org.). **Internet legal: o direito na tecnologia da informação**. 1. ed. 4. tiragem. Curitiba, Juruá, 2006.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS E AS ILEGALIDADES DAS DOAÇÕES.

IGSON BARROSO CORRÊA:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus

INGO DIETER PIETZSCH^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar acerca das ilegalidades das doações no financiamento de campanhas eleitorais. O Direito Eleitoral é o centro da democracia brasileira, especialmente no que diz respeito ao financiamento de campanhas eleitorais, uma vez que este tema ganha destaque na mídia reiteradas vezes por causa da facilidade de promover a corrupção, visto que com o aumento exorbitante de partidos políticos e candidatos políticos fez com que também aumentasse os financiamentos de campanhas eleitorais, que muitas das vezes é usado de forma ilegal, por conta disso houve uma reforma eleitoral que vedou as doações de recursos de empresas privadas, afim de coibir a corrupção que assola nosso país. Sendo assim, o resultado desta pesquisa se deu com cunho e metodologia bibliográfico e documental, com fundamento em discutir sobre o financiamento de campanhas eleitorais e as ilegalidades das doações.

Palavra-chave: direito eleitoral, financiamento eleitoral, doações.

ABSTRATC: This article aims to analyze the illegalities of donations in the financing of electoral campaigns. Electoral law is the center of Brazilian democracy, especially with regard to the financing of electoral campaigns, since this theme is highlighted in the media repeatedly because of the ease of promoting corruption, once with an exorbitant increase in political parties and political candidates also increased funding for election campaigns, which are often used illegally, because of this there was an electoral reform that prohibited donations of resources from private companies, in order to curb the corruption that plagues our country. Thus, the result of this research took place with a bibliographic and documentary stamp and methodology, based on discussing the financing of electoral campaigns and the illegalities of donations.

Keyword: electoral law, electoral financing, donations.

1. INTRODUÇÃO

Com o surgimento da Constituição Brasileira de 1988 foi consagrado a democracia, para que valesse a democracia ao pé da letra, foi instaurado um sistema

político onde o povo tivesse voz de escolher quem seria seus representantes, e estes colocassem o interesse social em primeiro lugar, sendo assim, é realizado periodicamente processos eleitorais que tem como intuito nomear representantes que irão compor alguns dos principais cargos públicos no país.

O presente trabalho tem como objetivo analisar acerca do financiamento de campanhas eleitorais e as ilegalidades ocorridas nas doações de recurso. E em seus objetivos específicos será feito a primeiro caso uma conceitualização do histórico do direito eleitoral no Brasil, evidenciar as campanhas eleitorais no Brasil, como também estudar sobre as mudanças ocorridas na legislação eleitoral no Brasil, e por fim, explicar sobre as ilegalidades das doações privadas.

É sabido que com a ADI 4.650 trouxe algumas mudanças no que tange ao financiamento de campanhas eleitorais, sendo assim é necessário entender como antes da ADI era ocorrida essa modalidade, e entender o que muda daqui para frente.

2. HISTORICO DO DIREITO ELEITORAL NO BRASIL

É sabido que o direito eleitoral sempre esteve exposto na vida das pessoas, mesmo que de forma indireta, desde a época das colônias até atualmente. O direito eleitoral tem papel relevante para o cumprimento da democracia. No transcorrer das décadas, o direito eleitoral teve mudanças relevante no que tange ao cenário político brasileiro, principalmente no que diz respeito nas mudanças da ditadura até a democracia.

No que diz respeito a evolução histórica do direito eleitoral, de acordo com Borba (2015, p. 15) preleciona que o "direito eleitoral passou por diversas mudanças ao longo dos 500 anos de existência, sendo dividido essa área em 3 períodos importantes, sendo: o período colonial, o período imperial e o período republicano, que é dividido em primeiro período republicano e segundo período republicano".

No que tange ao período colonial, segundo o autor Borba (2015, p. 16) "o Brasil era colônia do Reino de Portugal, sendo governado por uma monarquia vitalícia e hereditária, no entanto, o governo das vilas e cidade era escolhido por meio de eleições populares, tendo como exemplo o modelo político republicano".

Sendo assim, consoante Santana e Guimarães (2016, p. 16), o "Direito Eleitoral se originou no Brasil Colônia, através disso se cumpria o livro máximo do Reino de Portugal, que era denominado de Ordenação do Reino, este livro era usado para equilibrar as eleições municipais antigamente". De acordo com Ferreira (2015, p. 26) preleciona que "a Ordenação do Reino, determinava os objetivos jurídicos da

Monarquia, em âmbito nacional, como também das Repúblicas das vilas e cidades, que era o âmbito local”.

Acrescenta Borba (2015, p. 15) no que tange o período colonial que:

Em 1821, D. João VI constituiu que os brasileiros para elegerem seus representantes para consistirem em as “Cortes Gerais de Lisboa”, com objetivo de ministrarem a primeira Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa. Sendo assim, esta foi a primeira vez que teve uma votação para cargos gerais, uma vez que antes as eleições se limitam à escolha dos membros do legislativo local.

Desta forma, a primeira eleição aconteceu em 1891, com a chegada que D. João VI que organizou uma votação para eleger membros das cortes gerais de Lisboa.

De acordo com Borba (2015, p. 17) “os principais cargos eletivos de aquelas repúblicas, chamados de oficiais, eram, portanto, os de vereadores, como também os juizes e os Procuradores do Conselho”.

Para Borba (2015, p. 17) explica que “as eleições eram divididas em duas etapas, sendo a primeira, denominada de primeiro grau, onde o povo, no geral, constitui-se até o local de votação secreta e dizia o nome de seis nobres (homens bons ou republicanos) e os seis mais votados ganhavam o título de eleitores de segundo grau”.

Ainda sobre o assunto, Borba preleciona que “esses eleitores de segundo grau eram divididos em três duplas, que eram isoladas e tinham por dever escolher os oficiais da câmara para os três anos seguintes. Além de esses nomes eram guardados secretamente dentro de cofres” (...) (BORBA, 2015, p.17).

Sendo assim, no período colonial o direito eleitoral não era prioridade, sendo os gastos naquela época mínimos, uma vez que o processo eleitoral era feito de forma simples, sem necessidades de ter muitos recursos.

No que tange ao período imperial, reinou o período de independência do Brasil, deixando o país de ser colônia de Portugal e tornou-se a ser um país independente. Esse período ficou conhecido como período imperial.

De acordo com Borba (2015, p. 18) no período imperial foi sancionado a “Constituição de 1824, que trazia, em alguns de seus artigos, acerca do sistema

eleitoral". A novidade desse período era que as eleições também se assemelhavam ao do período colonial, tendo, portanto, duas etapas.

Para Filho (2016, p. 18) discorre que de acordo com a Constituição Federal de 1824:

A escolha dos deputados e senadores da Assembleia Geral e dos membros dos Conselhos Gerais das Províncias dar-se-ia por eleições indiretas. Através de eleições primárias, onde apenas os brasileiros no gozo dos direitos políticos e os estrangeiros naturalizados tinham direito a voto, e eram chamados eleitores de província, que realizavam a eleição direta dos representantes da nação e da província.

Sendo assim, a Magna Carta de 1824, trazia diversas proibições, dentre elas: "muitas pessoas não podiam votar por várias razões, sendo por motivos: idade, profissão e renda. Portanto, somente podia ser votado todo aquele cidadão que efetivasse o direito ao voto nas eleições primárias, existiam algumas exceções como, por exemplo, os libertos e quem não tivesse renda líquida anual de 200 mil reis" (BORBA, 2015, p. 18).

Neste contexto, o Brasil, "no Período Imperial, começou a elaborar suas próprias leis eleitorais, podendo ressaltar entre elas o Decreto de 26 de março de 1824, que referia a eleição de forma indireta; como também o Decreto nº 157, de 1842, que extinguiu o voto por procuração" (BORBA, 2015, p. 18).

Ocorre que no período imperial originou-se uma das maiores heranças no Brasil, a corrupção, sucede que nesta época os representantes elaboravam leis e decretos para benefícios próprios.

No que tange ao período republicano teve origem de acordo com Borba (2015, p. 18) "em 1889, determina-se a República Brasileira e trazendo, então, novas mudanças. Muitos autores dividem esse período em Proclamação da República até a Revolução de 1930, e desta até os dias atuais".

Sendo assim, "na Primeira República, a legislação ainda era esparsa e influenciada pelas práticas imperiais e, mesmo com algumas transformações sociais, a realidade social não mudou quase nada, mudando apenas o Estado e sua organização política" (BORBA, 2015, p. 18).

Segundo o TSE (2014), “esse período foi célebre por idade das trevas eleitoral, governado por oligarquias, que legitimavam as eleições através de fraude, para manutenção do poder das elites tradicionais”.

Já o Segundo Período Republicano, que é atual período histórico, foi “marcado por várias questões relevantes na história política e eleitoral brasileira. Conforme elabora o TSE (2014), esse período apresenta alguns subperíodos sendo eles: a refundação da República (1930 – 1937), o Estado Novo (1937 – 1945), a República Democrática (1945 – 1964), Regime Militar (1964 – 1985) e Nova República (1985 – até dias atuais) (BORBA, 2015, p. 19).

De acordo com Borba (2015, p. 20) preleciona que “com a chegada no fim do ano de 1920 estabeleceu uma ruptura institucional, com grandes consequências para a vida nacional”. Tendo como marco brasileiro:

Maior participação de novos atores sociais no jogo político e modernização do país através do desenvolvimento industrial. No que tange à história da Justiça Eleitoral, a principal pauta guiada pelo movimento em 1930 foi a moralização das eleições. Foi nesse sentido que nasceu a Justiça Eleitoral (TSE, Eleições no Brasil, 2014, p.35).

Com a criação da Justiça Eleitoral, ela criada com o objetivo de dificultar a ocorrência de tantas fraudes nas eleições futuras, uma vez que em eleições passadas as fraudes eram grotescas. Sendo assim conforme traz Borba (2015, p. 20) “constituiu-se nesse período o primeiro Código Eleitoral, que trazia em seu corpo algumas mudanças significativas como o sufrágio universal, direto e secreto e o voto feminino”.

É importante destacar que o primeiro código eleitoral foi criado pelo Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, proveniente a participação das obras de Assis Brasil, João Cabral e Mário Pinto, que estabeleceu a justiça eleitoral, aderindo o voto feminino, o seu conjunto de eleição sendo o do sufrágio universal, direto e secreto. O Tribunal Superior Eleitoral, órgão máximo da justiça eleitoral especializado, domiciliou-se em 20 de maio de 1932, sendo seu presidente o ministro Hermenegildo Rodrigues de Barros (BORBA, 2015, p. 19).

Ocorre que durante a ditadura militar, os direitos políticos do povo foram deixados de lado e as eleições tornaram-se indiretas. Na metodologia desses processos, os presidentes como também outros políticos que foram designados pelos militares, sendo assim, não era preciso que houvesse campanhas, porque os políticos eram nomeados pelos militares da ditadura.

Mas tudo começou a mudar em 1985, com a emenda constitucional nº 25 de 1985, deu a início a uma democracia. De acordo com Lopes (2012, p. 24) preleciona que “abertura política alcançou o seu auge pela Emenda Constitucional nº 25 sancionou em 15 de maio de 1985. Esta Emenda mudou algumas disposições da Constituição Federal, com sede constitucional transitória, que veio trazer o país para uma democracia plena”.

Sendo assim, a Constituição Federal foi um marco importante no direito eleitoral brasileiro que visava garantir uma democracia nos votos. Ocorre que em 1988 foi um avanço imenso para o país, com a promulgação da Carga Magna de 1988 que trouxe diversas matérias, uma delas o direito eleitoral.

De acordo com Melo (2013, p. 25) no que tange a essa nova constituição

Ficou determinado que a Justiça Eleitoral competisse ao Poder Judiciário, normalizou as eleições para todos os cargos, além de regular o processo eleitoral. Também foi a Constituição de 1988 que determinou que Lei Complementar consolidasse as competências da Justiça Eleitoral, o que é feito pelo atual Código Eleitoral.

Posteriormente foi sancionado o quinto Código Eleitoral Brasileiro, estabelecido pela lei nº 4.737, no dia 15 de julho de 1965, constituído por 383 artigos, em que esses artigos regulamentam temas relevantes no que tange as eleições. Sendo assim, grande foi o caminho percorrido pelo direito eleitoral até chegar atualmente, onde a democracia é uma das mais importantes pautas no ordenamento jurídico.

2.1 Financiamento de campanhas eleitorais

Na atualidade o financiamento de campanhas eleitorais é um tema bastante polêmico, principalmente no Brasil. Advém que o Brasil é um dos países que mais possui partidos políticos, como também candidatos a cargos políticos, esses partidos e candidatos utilizam de recursos próprios, como também públicos chamado de fundo partidário, como também privados, que são investidos por empresas e também pessoas físicas, este investimento é usado para alavancar suas candidaturas.

Segundo preleciona Oliveira e Rodrigues (2013, p. 37) “o financiamento de campanha compõe-se no recolhimento de recursos para os partidos políticos para que assim os candidatos possam ter meios para custear suas campanhas políticas”.

Sendo assim, é com os financiamentos eleitorais que as campanhas em época de eleição que acontecem, uma vez que com as verbas arrecadas, é possível que os partidos políticos possam bancar seus candidatos.

Segundo Borba (2015, p. 37) “o aumento no número de eleitores, fez com que houvesse também aumento desenfreado de partidos políticos e candidatos, e por conta disso os gastos nas campanhas se elevaram”. Conforme ia aumentando o número de pessoas que obtinham o direito ao voto, os partidos políticos viam uma oportunidade de aumentar o número de candidatos.

Conforme explica Borba (2015, p. 35) “o financiamento privado, por meio de capital empresariais, é o método mais utilizado na maratona eleitoral, constituindo”. Para o autor ainda explica que “ muitas vezes candidatos com mais poder aquisitivo, tem mais chance de vencer do que aqueles que não tem tanto recurso para investir nas campanhas” (BORBA, 2015, p. 35). Acontece que nessas disputas por cargo político acabam por aumentar a corrupção, uma vez que com esses investimentos privados para partidos políticos, fazem com que sejam prometidos favores, que serão “cumpridos” quando o candidato do partido ganha.

Sendo assim, no que tange ao conceito de campanhas eleitorais, de acordo com Silva (2017, p. 07) “a campanha eleitoral é um apunhado de atos e métodos técnicos desenvolvidos por um candidato e por seu partido político, com o objetivo de adquirir os votos dos eleitores e garantir a vitória na disputa por cargo público-eletivo”. Portanto, para que isso acontece é necessário que seja investido recursos para financiar tal campanha e obter êxito.

Apesar disso, no Brasil as campanhas políticas eram limitadas, e fora somente em 1945 que o país passou a inserir a modalidade de financiamento de campanhas políticas. Segundo Borba (2015, p.38) preleciona que:

A partir do ano de 1945, o Brasil começou a determinar o financiamento de campanhas eleitorais por meio de legislações para tentar evitar que interesses particulares sobreluzissem em relação ao público. Sendo assim, desde 1945 até atualmente, é vivido no Brasil uma incógnita em que se alternam a proibição e permissão do financiamento privado, bastando um escândalo para que o pedido de mudança entre em pauta.

Deste de 1945 até os dias atuais que o financiamento de campanhas eleitorais foi ganhando forças, e conforma ia aumentando o número de eleitores, os partidos políticos e seus candidatos também aumentaram, com isso foi-se necessário mais investimento para custear diversos partidos e candidatos.

Existem dois tipos de financiamento de campanha eleitoral, o financiamento público, e também o financiamento privado, iremos de forma breve falar a respeito de cada um deles.

No que tange ao financiamento público de campanha eleitoral, Celso Silva (2015, p. 7) explica que se trata “de um modelo em que as formas de financiamento sucedem exclusivamente das atividades estatais, com recursos públicos provenientes das arrecadações tributárias”. Isso se deu, porque com o fim da segunda guerra mundial, os partidos políticos passaram a evidenciar-se como organizações provenientes do estado, assegurando então sua estabilidade, por isso, começaram a receber ajuda financeira do Estado.

Para Silva (2017, p. 8) defende que “o modelo de financiamento de campanha eleitoral exclusivamente público é favorável uma vez que exista maior controle de gastos e transparência financeira, reduzindo assim a corrupção”. Sendo assim, com a aplicação desse modelo de financiamento, seria mais fácil controlar os gastos dos partidos, diminuindo assim interesses de entidade privados em cargos públicos, uma vez que os candidatos não deveriam favorecer aqueles que investem recursos nas campanhas.

De acordo com Silva (2017, p. 8) as influências negativas do modelo financiamento privado:

Seriam capazes de desvirtuar o certame eleitoral e, principalmente, o aspecto democrático e representativo das eleições, uma vez que candidato eleito represente seu financiador, em detrimento do eleitorado.

Ausente de influências negativas, os candidatos usufruiriam atuar em forma exemplar, trazendo em pauta as reais necessidades do povo, tendo condutas especialmente voltadas a compromisso sociais e conteúdos partidários, colocando em primeiro lugar interesse do povo.

Segundo Berto (2018, online) no que tange ao financiamento público dispõe que:

O financiamento público permite que seja utilizado de recursos públicos recebidos do Fundo Partidário (Constituição Federal de 1988, art. 17, § 3º e LOPP, art. 44, III) e a gratuidade do horário para propaganda eleitoral no rádio e na televisão (art. 23 da Lei das Eleições), a despeito das emissoras terem direito a compensação fiscal (arts. 44 e 93 do Decreto nº 5.331/2005).

Ocorre que ao longo dos anos a legislação acerca do financiamento eleitoral foi se atualizando, atualmente com a reforma no financiamento das campanhas eleitorais, está será apenas com dinheiro público, por meio do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), em teor da resolução Nº 23.553, de 18 dezembro de 2017, do Colendo Tribunal Superior Eleitoral - TSE, contudo, iremos abordar acerca dessas mudanças no tópico 3, a *priori* estamos abordando de forma breve a diferenciação entre financiamento público e privado.

Sendo assim, dando continuidade, no que tange ao financiamento público privado. Segundo Silva (2017, p. 9) preleciona que:

O financiamento privado de campanha eleitoral é o sistema que se contrapõe ao público. No financiamento privado, as campanhas seriam financiadas integralmente por particulares, sejam eles pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas e ocorre com recursos do próprio candidato, de seu partido político por terceiros.

Em pesquisa foi constatado certas divergências de opiniões acerca deste modelo de financiamento de campanhas, uma vez que, em opinião trazida por Silva (2017, p. 9) " a visão positiva dessa espécie de financiamento se dar, uma vez que se obtém recurso diretamente do cidadão, visto que teria interesse da sociedade nos partidos políticos". No entanto, seria necessário que houve fiscalização nessas doações, a fim de evitar abusos e assim manter a concorrência igualitária.

Ainda no entendimento do autor o exercício de captação de recursos seria eficiente para "incentivar o aumento de simpatizantes, assim como aquiescer um maior direcionamento do candidato ao programa de governo mostrado, já que a população se sentiria mais próxima para realizar cobranças" (SILVA, 2017, p. 9).

No que diz respeito as opiniões contrárias e negativas sobre o tema, acredita que no financiamento privado, pode gerar influências que podem ser ilegais desenfreadas de pessoas físicas ou sujeito. Sendo assim, para Silva (2017, p. 10) aponta que "no sistema baseado no financiamento totalmente privado, por haver a ausência de também recursos públicos podem levar a uma influência ilegal de certos sujeitos ou empresas sobre os partidos que financiam".

Como já mencionamos mais acima, adquirir financiamento exclusivamente público nas campanhas eleitorais de candidatos e partidos políticos gera um sentimento de "favor", portanto, algumas empresas ou pessoas ajudam a custear essas campanhas já com o objetivo de interferir em algo, ou até mesmo conseguir algum cargo no governo. É como se fosse uma troca de favores, por este motivo,

muitos doutrinadores veem o financiamento privado como um mal em eleições políticas no Brasil.

Outro entendimento negativo acerca das doações, se faz por parte de pessoas jurídicas que fazem “doações”, o grande problema é que essas pessoas não exercem direitos políticos, como também não são cidadãos. Desta forma, fica evidenciado para alguns pesquisadores que as doações originadas de pessoas jurídicas têm na realidade objetivo apenas ardiloso, com o intuito de estreitar laços com os financiados, exercendo lhes influências para adquirir benefícios econômicos no futuro.

Por este motivo, fica notório que a atuação empresarial em fornecer doações de recursos para campanhas eleitorais, na maior parte das vezes tem cunho apenas de conseguir aliados, para futuramente ser cobrados os favores fornecidos aos partidos.

De acordo com que preleciona Gomes (2016, p. 413):

Neste sentido, ninguém (até mesmo as pessoas jurídicas que doam expressivos recursos) ajuda financeiramente uma campanha sem esperar retorno do ajudado, caso seja eleito. Ainda assim, uma vez sendo eleito, fica o donatário comprometido com o doador que o apoiou concreta e significativamente.

Ocorre que é entendido que por meio do financiamento privado de campanhas que a corrupção toma início, exemplo disso: são as empresas empreiteiras que investem em campanhas políticas, e quando o candidato apadrinhado vence, retribui os favores nas contratações da empresa empreiteira em obras superfaturadas.

Outro modelo de financiamento de campanhas eleitorais, é o modelo plural, também conhecido como modelo misto, neste sistema integramatérias dos dois modelos mencionados acima, ou seja, no modelo misto, os financiamentos eleitorais se dão tanto pelo recurso público, como pelo recurso privado.

No Brasil, atualmente através da resolução nº 23.553, de 18 dezembro de 2017, é adotado o sistema misto, no entanto, com algumas mudanças e regras a serem seguidas. No próximo tópico abordaremos acerca da mudança da legislação sobre o financiamento de campanha ao longo dos anos.

3. MUDANÇAS DA LEGISLAÇÃO SOBRE O FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

Fica claro que a normatização sobre o financiamento de campanhas no Brasil, é um assunto novo, diferente do processo eleitoral e voto, que são temas antigos. Vestígios do tema financiamento eleitoral foi aparecendo na legislação conforme o direito eleitoral ia ganhando forças ao longo dos anos. De acordo com Oliveira e Apolinário (2015, p. 5) “a Constituição de 1934, ao trazer em pauta a justiça eleitoral, e dedicando uma seção acerca do tema abriu pauta para um maior regimento do processo eleitoral, inclusive no que tange à influência do dinheiro”. Sendo assim, no ano de 1950, já com o surgimento do código eleitoral, que atualmente não está mais vigente, em uma primeira vez o tema financiamento de campanhas eleitorais é comentado de forma explícita pela legislação brasileira.

Mas fora somente em 1988 com a promulgação da Constituição Federal que o financiamento eleitoral tornou-se de suma importância, onde duas leis foram editadas e passaram a tratar do tema, sendo elas: a lei 9.096, de 19 de setembro de 1995 que dispõe sobre partidos políticos, e a lei 9.504, de 30 de setembro de 1997 que estabelece normas para as eleições.

Ainda neste contexto, nos anos de 2009 e 2013, foram sancionados mais 2 diplomas, que legislam acerca da mesma matéria, sendo a Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009 que altera as Leis nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 denominada de Lei dos Partidos Políticos, e também altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, como também a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 que era o antigo Código Eleitoral. Consequentemente surge a Lei nº 12.891, de 11 de dezembro de 2013, que alterou as Leis nº 4.737, de 15 de julho de 1965, e Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, como também, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e revogou os dispositivos das Leis nº 4.737, de 15 de julho de 1965, e 9.504, de 30 de setembro de 1997. Contudo, essas duas novas Leis não trouxeram grandes novidades no que tange ao financiamento de campanhas eleitorais.

Como foi mencionado, ao longo dos anos o entendimento sobre o financiamento de campanhas foi mudando e se atualizando, com a Lei orgânica dos partidos políticos de 1965 havia diversas regulamentações que tangia as doações originárias de instituições privadas. De acordo com Vidal (2018, p. 27), preleciona que:

Não eram permitidas contribuições de entidades estrangeiras, autoridades públicas e empresas de economia mista ou concessionárias. A Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1965 trazia, além das vedações apontadas acima, também a

proibição de recebimento de contribuição vinda de empresa privada de finalidade lucrativa (art. 56, IV).

Ainda de acordo com o autor Vidal (2018, p. 27) “em 1971, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos elaborou duas novas importantes previsões normativas, a primeira vedava contribuições provenientes de entidades de classe ou sindicais (art. 91, IV), e a segunda era a obrigatoriedade de os partidos determinarem limites de gastos para as campanhas eleitorais”.

Sendo assim, com o surgimento da Constituição Federal de 1988 trouxe diversas mudanças, uma vez que a nova Carta Magna prevalecia a democracia em primeiro lugar. Com a pressão popular pedindo uma reforma no cenário eleitoral do Brasil, deram-se início a origem da Lei da Ficha Limpa e a ADI 4650.

A ADI 4650, que teve iniciativa da OAB, impugnava os critérios adotados pelo legislador para o financiamento de campanhas, uma vez que esta modalidade feria princípios constitucionais, como; o princípio da isonomia e o estado democrático de direito, sendo assim a ADI 4650 surgiu com o objetivo de proibir a possibilidade de doações financeiras de empresas a campanhas eleitorais e partidos.

Mas isso não é tudo, o objetivo de ser aprovada essa ADI era porque com as doações de instituições privadas para o financiamento de campanhas corroborava com a corrupção, uma vez que eram feitas como forma de troca de favores. Sendo assim, em 2015 houve a grande reforma eleitoral no Brasil, sancionando assim a Lei nº 13.165/2015 com o objetivo de reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos partidos políticos e incentivar a participação feminina.

Ocorre que a referida Lei nº trouxe um tema e uma violação muito importante para o direito eleitoral, a Lei vetou de forma total as doações advindas de pessoas jurídicas, ou seja, empresas que faziam doações com objetivo de financiar campanhas eleitorais, além disso, foi estabelecido pela lei um teto de gastos que é estabelecido pela justiça eleitoral, sem indeferimentos dos partidos políticos.

Como foi mencionado anteriormente, as doações de financiamento de forma privada foram vedadas pela Lei nº 13.165/2015, sendo permitido apenas o financiamento público, que é originado através do fundo partidário, este é constituído por recursos públicos destinados aos partidos políticos para que possam realizar suas atividades, tanto em anos eleitorais, macroeleitorais, como em anos em que não há eleições.

De acordo com Vidal (2018, p. 37) “A criação do fundo veio após uma intensa discussão sobre o financiamento público das campanhas eleitorais. O sistema

brasileiro de financiamento de campanha é misto, pois propicia a doação pública e privada”. Sendo assim, o fundo partidário é constituído por verbas que originarias de multas e penalidades aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; de recursos financeiros destinados por lei; de doações de pessoa física ou jurídica; e de dotações orçamentárias da União.

Desta forma, as doações feitas por empresas se tornaram ilegais aos olhos do direito eleitoral, conforme demonstra a ADI 4650, no próximo tópico analisaremos acerca das ilegalidades cometidas nas doações para campanhas eleitorais.

4. AS ILEGALIDADES NAS DOAÇÕES DE CAMPANHAS ELEITORAIS

O ano de eleição no Brasil, é um ano cheio de controvérsias e polêmicas, uma vez que muitas das vezes os candidatos fazem de tudo para serem eleitos. Não obstante, o financiamento de campanhas não é diferente, contendo diversas irregularidades, o financiamento privado de campanha acaba se tornando banalizado, dando margem a opiniões degeneradas, que todo tipo de financiamento tem o intuito de obter corrupção.

Contudo, essas opiniões se dão pelo fato de que existe muitas irregularidades no que tange financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, principalmente nas doações por parte de empresas privadas.

De acordo com Farias e Soares (2017, p. 15) o financiamento de campanhas privado “baseia-se, necessariamente, dedonativo por parte de associados, doações de pessoas físicas ou jurídicas, ou até mesmo de recursos originados pelo candidato à sua campanha eleitoral”. Sendo assim, são ajuda de custo doadas antigamente por empresas privadas, afim de colaborar com os gastos que as campanhas proporcionam aos candidatos.

Ocorre que essas ajudas de custos eram mal vistas pela população, porque na maior parte das vezes contribui para a corrupção. Mas antes de trazer as mudanças criadas pela decisão proferida, no dia 17 de setembro de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Ação Direta e Inconstitucionalidade 4.650, portanto, é preciso trazer o funcionamento do sistema de doações antes da ADI 4.650.

De acordo com a Lei nº 9.504/97 denominada de Lei das Eleições, em seu art. 17 – A, prelecionava que: “art. 17-A: cabia à lei, a cada eleição, fixar, até o prazo máximo de 10 de junho dos anos eleitorais, o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa, observadas as peculiaridades de cada localidade”.

Como já foi explicado anteriormente, o Brasil adotava em seu sistema eleitoral o sistema misto, aonde permitia o financiamento de campanhas eleitorais tanto privada como também público. Sendo assim, no que tange ao financiamento privado, ele se dava pelo fato de ser permitido que fossem doados aos candidatos através de empresas filiadas recursos financeiros, essas verbas podiam ser doadas tanto para os candidatos, como para os partidos e coligações, podendo ser o agente ativo da doação pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

O principal meio de ajuda ofertadas por essas empresas, eram as doações. As peculiaridades da doação eram distintas, uma vez que muitas das vezes eram doados valores exorbitantes em dinheiro como também bens valiosos (carros ou imóveis).

Sendo assim, de acordo com Paulino (2018, online) "A lei permitia para pessoas jurídicas doações e contribuições de até 2% do faturamento bruto do ano anterior ao da eleição". No que tange as doações por parte de pessoas físicas, eram permitidas doações em duas modalidades, segundo Paulino (2018, online) "a primeira modalidade é a em dinheiro, nesta modalidade te como limite de até 10% (dez por cento) dos haveres brutos obtidos no ano anterior ao pleito". Conforme preleciona o art. 23, caput, e § 1º, I, da Lei nº 9.504/97.

Já a segunda modalidade, refere a doações "estimáveis em dinheiro", refere à aplicação de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, contudo, este montante não podia extrapolar à R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), de acordo com a Lei nº 9.504/97, art. 23, caput, e § 7º.

De acordo com o art. 24 da Lei das Eleições, preleciona que: "Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie". Portanto, era proibido que os candidatos como também os partidos recebessem qualquer dinheiro por meio de publicidade.

Ocorre que muita polêmica tem sido gerada em torno de doações para o financiamento de campanhas por parte de empresas, uma vez que irregularidades são denunciadas, dando assim margem para a corrupção.

De acordo julgamento de agravo de recurso regimental, relator Min. Edson Fachin, no ano de 2018, preleciona:

"Eleições 2018. Agravo regimental em recurso ordinário. Deputado estadual. Registro de candidatura. Preliminar. Intempestividade. Indisponibilidade do sistema PJE. Rejeição.

Causa de inelegibilidade da alínea 'p' do inciso i do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90. Excesso de doação para campanha eleitoral. Interpretação da expressão 'doação ilegal' a partir do art. 14, § 9º da Constituição Federal. Necessidade de demonstração de quebra da normalidade e legitimidade das eleições. Decisão por maioria. Doação de R\$ 75.000,00 realizada por pessoa jurídica com faturamento bruto zerado no ano anterior às eleições. Candidato beneficiado que era sócio administrador da empresa. Conduta grave e Apta a violar a normalidade das eleições. Incidência da causa de inelegibilidade. Decisão por maioria. Agravo regimental e recurso ordinário provido. Indeferimento do registro de candidatura. [...] 2. A incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea 'p' da Lei Complementar nº 64/90 conforma-se à norma contida no art. 14, § 9º da Constituição Federal e exige, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, que a doação ilegal tenha a aptidão de violar a normalidade e legitimidade das eleições. Vencido o redator designado, que entende desnecessária essa aferição. 3. Há quebra da normalidade das eleições quando o candidato se vale da sua condição de sócio administrador de pessoa jurídica para, por meio dela, realizar doação para sua campanha no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), apesar da inexistência de faturamento bruto da empresa no ano anterior às eleições, atraindo assim a incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea 'p' da Lei Complementar nº 64/90. Vencido o relator originário. [...]". (Ac de 29.11.2018, no AgR-RO 060026283, rel. Min. Edson Fachin).

O relatório acima serve como exemplo de alguns dos casos que aconteciam antes do julgamento da ADI 4.650, empresas que doavam valores acima de seu faturamento anual, evidenciando camuflar uma forma de corrupção. Verifica-se existia muitas irregularidades em doações por parte de empresas privadas, visto que essas empresas se filiavam em partidos políticos para que caso o candidato apadrinhado fosse eleito, essas empresas pudessem de forma direta ou indiretamente exercer certa influência no governo, devendo o candidato favores a estes empresários.

Como consequência, tínhamos um sistema eleitoral corrupto, cheio de troca de favores, onde candidatos eram comprados por empresários, interferindo assim, no Estado democrático de direito.

Para intervir neste tipo de situação, o Conselho Federal da OAB, propôs a Ação Direita de Inconstitucionalidade 4650, de acordo com Paulino (2018, online) “legitimado para deflagrar o processo de controle de constitucionalidade concentrado, vide art. 103, VII, CF e relatada pelo Ministro Luiz Fux”. Sendo assim, no dia 17 de setembro de 2015, com maioria dos votos foi julgado procedente a referida ADI, considerando inconstitucionais as doações de empresas privadas a campanhas eleitorais e partidos políticos.

Sucedeu que o julgamento da ADI 4650 foi um grande marco na democracia no Brasil, como também uma arma de grande valor no combate à corrupção no direito eleitoral brasileiro. Conforme traz Vidal (2018, p. 37) “a posição tomada pelo STF, na prática, obrigou a mudança do eixo do financiamento, que até então era composto por empresas e pessoas jurídicas”. Nas palavras do julgamento do Ministro Dias Toffoli preleciona em seu voto:

Afastadas as empresas privadas do financiamento do processo eleitoral, a cidadania retoma seu necessário e imprescindível papel no exercício da soberania, estimulando-se, assim, inclusive, a reaproximação entre partidos políticos, candidatos e eleitores, estímulo esse que se traduz, portando, em comprometimento não só emocional, mas também financeiro.

O julgamento procedente da ADI, foi um gatilho para que de fato houvesse uma reforma eleitoral, ocorrida no ano de 2015 com o sancionamento da aprovação da Lei 13.165/2015, que trouxe diversas inovações estimuladas na maior parte pela decisão do STF. A referida Lei trouxe muitas novidades, além de reafirmar a proibição de doações originadas de pessoas jurídicas, permitindo apenas doações de pessoas físicas, a Lei traz em seu texto a imposição de um teto limite para gastos determinados pela justiça eleitoral, não podendo mais ser estabelecido pelos partidos. É importante ressaltar, que as doações por parte de pessoas físicas possuem agora um limite de 10% do faturamento da pessoa no ano anterior à eleição.

Sendo assim, ficou evidenciado que devido à diminuição das verbas designadas às campanhas eleitorais, reacendeu estudos e debates políticos referentes aos métodos legais de doações e contribuições, dando margem a novas mudanças no direito eleitoral.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como tema financiamento de campanhas eleitorais e as ilegalidades das doações. No que tange ao histórico de direito eleitoral, ele vem de muito antes, em pequenas ações cometidas pela sociedade na época, que já elegia

seus governantes através de voto ou não, que com o passar dos anos tornou-se mais sistemático.

Podemos verificar que o Brasil antes da ADI 4650 adotava o sistema misto no processo eleitoral, o sistema misto consistia em adquirir pelos candidatos ou partidos políticos recursos de forma privada ou público. O sistema público são recursos fornecidos pelo governo, atualmente é o fundo partidário. Já o sistema misto consiste em doações de recursos por parte de empresas privadas ou pessoas físicas. Ocorre que esta modalidade de financiamento foi se tornando polemico no Brasil, por este motivo foi alvo da ADI 4.650, sucede que os financiamentos privados davam margem ao aumento da corrupção no país, visto que empresas privadas se filiavam aos partidos já viabilizando cargos, ou ter qualquer tipo de influência caso aquele candidato apadrinhado ganhasse.

Por conta disso, o Conselho Federal da OAB tomou iniciativa em combater essas ilegalidades, e propôs a referida ação, tornando então inconstitucional as doações feitas por empresas privadas, permitindo assim somente doações de pessoas físicas com limite de 10% da arrecadação do ano anterior ao pleito, assim como permite ainda também o financiamento público, que é feito pelo fundo partidário. Por meio de esses assuntos entrarem em pauta, no ano de 2015 foi sancionado a reforma eleitoral, no qual trouxe diversas inovações no Direito Eleitoral, estabelecendo tetos fiscalizados pela Justiça Eleitoral, e não mais pelos partidos políticos.

As matérias relacionadas ao financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais, atualmente, é um tema de maior relevância no mundo todo, tendo algumas controvérsias no que tange doutrinas existentes, mas tornou-se em evidencia surgindo maior interesse do povo sobre o tema. As pessoas estão cansadas de tanta corrupção e farra com o dinheiro público, por este motivo atualmente existe maior interesse do público a política brasileira, tendo maior onda de protestos requerendo melhorias no sistema eleitoral e justiça.

Portanto, muito ainda precisa ser melhorado para que o sistema eleitoral adotado pelo Brasil seja eficiente, e finalmente a corrupção ao menos seja diminuída, um grande passo já foi dado, tornando ilegal as doações de recursos por parte de empresas privadas viabilizando assim a diminuição da corrupção no país.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Relatório das Eleições 2014**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo->

publicacoes/pdf/relatorio_eleicoes/relatorio-eleicoes-2014.pdf>. Acesso em: 15/03/2020.

BORBA, Israel de. **Análise constitucional do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas**, 2015. Centro universitário UNIVATES, curso de direito. Monografia e artigos.

FARIAS, Thimotee e SOARES, João Augusto Lima. **Financiamento de campanha eleitoral por empresas privadas**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55906/financiamento-de-campanha-eleitoral-por-empresas-privadas>. Acesso em: 20/04/2020.

GOMES, José Jairo. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **Sistema Eleitoral do Brasil**. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11430&revista_caderno=28. Acesso em: 22/04/2020.

MELO FILHO, Luiz Gonzaga P. de. **O Direito Eleitoral e sua Evolução Histórica**. Conteúdo Jurídico, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45516&seo=1>>. Acesso em: 24/04/2020.

Silva, Celso Vinícius da. **Financiamento de campanha eleitoral no Brasil: Uma análise do modelo de financiamento misto na atual conjuntura do País**. 2017. UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE.

SANTANA, Jair E.; GUIMARÃES, Fabio L. **Direito Eleitoral**: Para compreender a dinâmica do poder político. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.650**. Proponente: Ordem dos Advogados do Brasil. Ministro relator: Luiz Fux, voto do Ministro Teori Zavascki. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650TZ.pdf>>. Acesso em: 11/06/2020.

OLIVEIRA, Noelle; RODRIGUES, Léo. **Como funciona o financiamento de campanhas?**. 2013. Disponível em: <http://ebc.com.br/noticias/politica/2013/07/como-funciona-o-financiamento-de-campanhas>. Acesso em: 20/05/2020.

OLIVEIRA, Tatiana Afonso e APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. **O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL: HISTÓRICO, ATUALIDADE E A QUESTÃO NA SUPREMA CORTE**, 2015. Artigo e monografia.

PAULINO, João Vitor Borges. **A inelegibilidade dos doadores ilícitos em face do art. 23 da Lei n.º 9.504/97 após a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/a-inelegibilidade-dos-doadores-ilicitos-em-face-do-art-23-da-lei-n-9-504-97-apos-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-4650/>. Acesso em: 10/06/2020.

Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de 14 de Agosto de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/256373314/tse-14-08-2019-pg-99?ref=serp>. Acesso em: 11/06/2020.

[1] Professor orientador do Trabalho de Conclusão de Curso em Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus— Advogado

A UNIVERSALIDADE DO ATENDIMENTO DE SAÚDE: A ILEGALIDADE DA RECUSA DE ATENDIMENTO DE SAÚDE POR ENTES DA FEDERAÇÃO DE PACIENTES ORIUNDOS DE OUTRA UNIDADE

ADOVALDO DIAS DE MEDEIROS FILHO:

Advogado Associado de Alino & Roberto e Advogados, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB e Pós Graduando em Direito do Estado. Brasília – DF.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo demonstrar a ilegalidade da recusa de atendimento de pacientes por unidades da Federação oriundos de outra localidade, em razão do disposto no artigo 196 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde. Acesso Universal. Dignidade da Pessoa Humana.

No último dia 14 de maio de 2020, o Governador Ibaneis Rocha anunciou que recusaria o atendimento de pacientes oriundos do Entorno nas unidades de saúde do Distrito Federal.

A sua justificativa, dada à imprensa, foi retratada pelo Portal G1:

O governador Ibaneis Rocha (MDB) afirmou à TV Globo, na manhã desta quinta-feira (14), que vai proibir hospitais públicos do Distrito Federal de aceitarem a entrada de pacientes com Covid-19 vindos da região do Entorno. A norma deve ser formalizada em decreto, que ainda não foi publicado.

Questionado sobre a legalidade da proibição, Ibaneis citou a situação de calamidade pública decretada no DF como uma das justificativas.

"Estamos em pandemia, com decreto de calamidade e tudo mais", disse o governador.

Até a noite desta quarta-feira (13), o Distrito Federal contava com 3.192 casos confirmados de coronavírus. Destes, 188 são de pessoas com residência no Goiás. A capital federal registrou 49 mortes por Covid-19. Destas, um paciente era do estado goiano.[1]

Ao que parece, o Governador do Distrito Federal olvida-se do que dispõe a Constituição Federal, a Lei Orgânica do Distrito Federal e a Lei do Sistema Único de Saúde. Ademais, demonstra ausência de humanidade com eventuais pacientes que residam no entorno, mas que trabalham no Distrito Federal e aqui geram riquezas e pagam seus tributos.

Com efeito, cumpre destacar que a saúde é um direito fundamental, inserto no artigo 6º, na qualidade de direito social. Veja o que diz o texto da Carta Magna:

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nesse particular, Ingo Sarlet evoca o caráter subjetivo do direito à saúde:

Consagrado no art. 6.º de nossa Constituição, é no art. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização em nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõem sobre a organização e os benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos.

Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito (**direito à saúde como direito subjetivo, de todos, portanto de titularidade universal**), quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas, **pois o art. 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado**, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, **além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera**).[2]

Para além disso, veja-se que a doutrina vai além, reforçando o caráter universal do direito à saúde, consubstanciado pelo *caput* do artigo 196 da Constituição Federal, ora em destaque:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e **ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**

A premissa constitucional revela que a saúde é um direito do cidadão e dever do Estado. Aqui é preciso entender Estado em ampla acepção, qual seja, responsabilidade de todos os entes federativos (União, Estados e Municípios). Além disso, entre os deveres do Estado está a determinação de assegurar o acesso universal às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Assim, a simples leitura deste artigo já refutaria a validade de eventual intenção do Governador, porquanto absolutamente refratário ao seu conteúdo, notadamente ao núcleo essencial do direito à saúde e o acesso universal.

Porém não é só. O artigo 198 da Constituição Federal dispõe sobre o sistema único de saúde e dá diretrizes:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Nota-se que uma das diretrizes é o atendimento integral. A descentralização, com direção única em cada esfera de poder, não pressupõe a existência de prerrogativa de recusa de atendimento. Ao contrário, o que se tem é direção local que atue no sentido de garantir o atendimento integral à população.

Assim, norma editada nesse sentido é absurda, desumana e viola a dignidade de cada cidadão brasileiro que venha a ser atendido no Distrito Federal, de modo que sua ação viola sobremaneira o disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Em tempo, o Distrito Federal é a capital da República, local aonde estão os poderes constituídos. A população do entorno gera riquezas para o Distrito Federal. E ainda que não fosse assim, é dever do Estado prestar o atendimento. Ainda mais em tempos de pandemia, uma vez que o vírus não escolhe localidade para infecção e nem sabe quais são os limites territoriais entre o Distrito Federal, Goiás e Minas Gerais.

Para além do que determina a Constituição Federal, é preciso destacar o que dispõe a Lei Orgânica do Distrito Federal sobre o tema. Destaque, pois, para o artigo 205 de nossa Lei:

Art. 205. As ações e serviços públicos de saúde integram uma **rede única e hierarquizada, constituindo o Sistema Único de Saúde - SUS**, no âmbito do Distrito Federal, organizado nos termos da lei federal, obedecidas as seguintes diretrizes:

I - **atendimento integral ao indivíduo, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;**

II - descentralização administrativo-financeira dos serviços de saúde para as regiões administrativas;

III - participação da comunidade;

IV - direito do indivíduo à informação sobre sua saúde e a da coletividade, as formas de tratamento, os riscos a que está exposto e os métodos de controle existentes;

V - gratuidade da assistência à saúde no âmbito do SUS;

VI - integração dos serviços que executem ações preventivas e curativas adequadas às realidades epidemiológicas.

A Lei Orgânica dispõe sobre o atendimento integrado, gratuito em rede hierarquizada e que compõe o sistema único. A Lei Orgânica, ainda que fale no âmbito do Distrito Federal, faz expressa menção à rede única, ou seja, universal, de

modo que não é possível, ao Chefe do Poder Executivo, limitar o atendimento de pessoas no Distrito Federal.

A Lei Federal nº 8.080/90 também não dispõe de modo diverso. Ao regulamentar o sistema único de Saúde (SUS), a lei estabelece quais são as diretrizes e os princípios aplicáveis ao sistema, consoante se extrai do artigo 7º do referido diploma legal, com destaque para os incisos I, II e IV:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

(...)

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

(...)

É indene de dúvidas que o sistema não admite tratamento desigual ou que encontre fronteiras para o exercício do direito à saúde. Assim, o Decreto editado está em descompasso com a Constituição Federal, a Lei Orgânica do Distrito Federal e a Lei Federal nº 8.080/90.

Vale dizer que o Poder Judiciário também já decidiu que não é possível estabelecer limite territorial para atendimento de saúde, sobretudo em razão da organização do sistema de saúde em âmbito nacional. Veja-se, a propósito, as decisões a seguir, todas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

CONSUMIDOR. DIREITO INTERTEMPORAL. RECURSO. REQUISITOS MARCO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 13.105/15.

REGÊNCIA PELO CPC/15. INTERNAÇÃO DOMICILIAR (HOME CARE). RECOMENDAÇÃO MÉDICA. DIREITO À SAÚDE. ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO CARACTERIZADA. PACIENTE RESIDENTE NO ENTORNO.

(...)

3. O Distrito Federal possui legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, pois embora os serviços de saúde realizados pelo SUS sigam uma organização de forma regionalizada, não pode ser negado atendimento a pessoa residente fora do Distrito Federal, atendo ao direito universal à vida e à saúde, garantidos na Constituição Federal. Notadamente quando o atendimento teve início em hospital da rede pública do Distrito Federal.

4. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão 1025588, 20150111283729APC, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 14/6/2017, publicado no DJE: 26/6/2017. Pág.: 386/395)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO E DE NULIDADE DO PROCESO. REJEIÇÃO. MÉRITO: OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE PRESTAR ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PACIENTE RESIDENTE EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO POR GENÉRICOS OU SIMILARES DE OUTRAS MARCAS. INOVAÇÃO RECURSAL.

(...)

03. O Distrito Federal tem o dever de arcar com o ônus do fornecimento de medicamentos a pacientes enfermos, nos termos do art. 196 da Constituição Federal e do art. 207 da Lei Orgânica do Distrito Federal.

04. Não há em nosso ordenamento jurídico norma que desobrigue o Distrito Federal de prestar atendimento a pessoas residentes em outras unidades da Federação.

(...)

(Acórdão 498033, 20080110712523APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Revisor: HUMBERTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 13/4/2011, publicado no DJE: 3/5/2011. Pág.: 196)

Por fim e não menos sem importância, urge observar que, de fato, a Câmara Legislativa do Distrito Federal editou o Decreto Legislativo nº 2.284, publicado no Diário da Câmara Legislativa de 6 de abril de 2020. Sucede que o referido decreto, ao reconhecer estado de calamidade, só o fez para atendimento de questões específicas, atinentes ao cumprimento de metas da Lei de Responsabilidade Fiscal, sem, contudo, impedir o atendimento de saúde no Distrito Federal.

Eis a sua ementa:

Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do governador do Distrito Federal encaminhada por meio da Mensagem nº 111, de 31 de março de 2020.

Ainda que possa pretender eventual compensação dos Estados de Minas Gerais e Goiás, em razão de ampliação do atendimento do Distrito Federal, a premissa inserida na Constituição Federal e em todas as normas dela derivadas é de atendimento universal, sendo a recusa ato indevido do administrador.

Felizmente, após entendimentos com o Estado de Goiás, o Governador recuou e não editou norma nesse sentido. Se assim fizesse, fatalmente a referida norma seria confrontada no próprio Poder Legislativo, ao fim e cabo, no Poder Executivo, tendo em vista a sua manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade.

NOTAS:

[1] Disponível em <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/05/14/ibaneis-diz-que-vai-proibir-hospitais-publicos-do-df->

[de-receber-pacientes-do-entorno-com-covid-19.ghtml](#). Acesso em 14.5.2020, às 12h45.

[2] SARLET. Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pág. 676.

ASPECTOS ESSENCIAIS AO CONTROLE DE LEGALIDADE DA REQUISIÇÃO DE DILIGÊNCIAS EM SEDE DE INVESTIGAÇÕES POLICIAIS: FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA, IMPRESCINDIBILIDADE, PERTINÊNCIA, MOMENTO E DESTINATÁRIO.

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil³.

WILLIAM GARCEZ^[1]

(coautor)

Introdução

Historicamente, a doutrina não se preocupa em aprofundar o estudo da fase preliminar da persecução penal, i.e., a investigação criminal. Esse quadro vem sendo modificado gradativamente com os estudos produzidos pela doutrina moderna, a qual tem dado a devida importância à fase inicial da persecução penal.

Nesse cenário, tema que ainda ganha pouca atenção na doutrina é o **controle de legalidade das requisições nas investigações policiais**, tendo se proliferado ao longo dos anos a equivocada ideia de que a polícia judiciária tem o dever de atender qualquer requisição, *salvo as manifestamente ilegais*.

Nesse ponto, a doutrina clássica utiliza exemplos como a requisição de instauração de procedimento para apurar fato que somente se procede mediante representação da vítima sem existir essa condição de procedibilidade; requisição de instauração de procedimento para apurar fato praticado por agente já morto ou fato

³ Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

prescrito; requisição para se realizar a reprodução simulada de estupro; e outras do mesmo gênero, cuja ilegalidade salta aos olhos.

No entanto, não se debruçam os estudos sobre aquelas *requisições aparentemente legais*, mas que, quando analisadas detidamente, padecem de lastro na lei, ou seja, não encontram legitimidade no ordenamento jurídico. Referimo-nos às *requisições que se desençam do procedimento legal* e que, sem necessidade, subvertem princípios processuais-constitucionais como, v.g., economia processual, celeridade e a própria duração razoável do processo.

Anote-se que, pelo fato de se constituir em um *mandamento legal*, a requisição precisa inegavelmente ter **lastro na lei**. Refira-se que a requisição não se trata de uma ordem, uma vez que inexistente relação hierárquica entre as autoridades da persecução penal.

Nesse passo, entendemos que o *poder requisitório* precisa ser mais bem refletido, pois, ainda que a requisição não seja *manifestamente ilegal*, também é ilegal a requisição *aparentemente legal*, mas que não possua lastro na legislação. Inserem-se nessa categoria as requisições infundadas, prescindíveis, inoportunas ou impertinentes.

As requisições aparentemente legais são aquelas que, embora se constituam em diligências possíveis, desgarram da lei, se constituindo em diligências desnecessárias à ação penal, formuladas após já existir justa causa para o início do processo, confeccionadas quando já existem elementos mínimos de autoria e prova da materialidade, bem como aquelas requisições formuladas a destempo, enviadas à instituição ou órgão que não detém a informação pretendida ou as confeccionadas sem descrever a informação que se pretende.

A seguir, passaremos a bordar detidamente o objeto desse estudo.

O controle de legalidade das requisições

O objetivo deste artigo é analisar o necessário controle de legalidade das requisições no seio da investigação criminal, efetivada pelo delegado de polícia nos autos do inquérito policial. Inicialmente, frisamos que tais requisições precisam atender determinadas formalidades legais para alcançarem legitimidade, tais como, **fundamentação jurídica, pertinência, imprescindibilidade, momento adequado e destinatário certo**.

É inegável que os honrados membros do Ministério Público[1] e do Poder Judiciário[2] são titulares do poder requisitório, i.e., gozam da prerrogativa de

requisição de atos junto à polícia judiciária, bem como a outra instituição ou órgão detentor de informações necessárias à persecução criminal.

A persecução criminal se inicia com o inquérito policial, sendo que, em suma, após a coleta de provas e elementos de informação, o delegado de polícia forma o seu **juízo de convencimento** acerca do indiciamento criminal, de modo que tal decisão, privativa de seu cargo, operada por meio da análise técnico-jurídica dos fatos, deve ser **fundamentada**, indicando *autoria, materialidade e circunstâncias*[3].

Dessa forma, ao realizar essa análise técnico-jurídico, o delegado de polícia **externa as razões** pelas quais entende ser (in)viável o indiciamento criminal, o que ocorre mediante fundamentação, sendo que, havendo prova da materialidade e indícios mínimos da autoria o delegado promoverá indiciamento, do contrário não.

Registre-se, aliás, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a **requisição de indiciamento é ilegal**, não encontrando lastro na lei, pois, sendo ato privativo do delegado de polícia, não pode ser a ele requisitado. No caso, o Supremo concedeu *habeas corpus* de ofício para que fosse cassada decisão judicial com esse conteúdo[4]. A decisão acima referida foi comentada por Rogério Sanches[5]:

De acordo com o ministro, é incompatível com o sistema acusatório a determinação judicial para que a autoridade policial pratique o ato de indiciamento, que não é exigência legal e não pode sofrer controle irrestrito pelo magistrado. Trata-se de juízo de conveniência e oportunidade do delegado de polícia, a não ser em caso de patente ilegalidade ou abuso de poder, que a questão levada a julgamento não revelava.

Então, quando a autoridade policial externa a sua decisão de forma fundamentada pelo indiciamento ela está registrando que **há elementos** de autoria e materialidade aptos à sustentar o término da investigação e, reflexamente, o início da ação penal, uma vez que o juízo de valor que a autoridade policial faz ao relatar o inquérito é formalizado com base nos mesmos elementos em que o promotor de justiça forma a sua *opinio delicti*.

Dessa forma, em condições normais, se existem elementos para se encerrar o inquérito, existem também para se iniciar o processo criminal. Inclusive, saliente-se, o **inquérito policial não é um expediente exauriente**, de modo que os elementos de informação não precisam (e nem devem) ser esgotados nesta fase pré-processual[6].

Nesse passo, se o delegado **fundamentou o indiciamento criminal** é porque, em tese, há **elementos mínimos para a ação penal**, a qual, em regra, se estabelece pelo **princípio da obrigatoriedade**. Dessa forma, qualquer requisição de diligências complementares dirigidas à autoridade policial, para complementar dados investigatórios, deve ser *fundamentada, pertinente e imprescindível*, i.e. deve referir **deficiência na coleta da materialidade e autoria da infração penal**, justificando sua imprescindibilidade, e pontuando especificamente o que entende estar **faltando nos autos do inquérito policial**, com a demonstração de sua **pertinência**.

Logicamente, a decisão externada pelo delegado de polícia ao final do procedimento investigatório **não vincula a análise do promotor de justiça**. São verificações independentes, cada uma realizada em momento específico apontado pela lei. Não se pretende, assim, sugerir a restrição do poder de análise dos dignos representantes do Ministério Público, mas apenas salientar que as diligências objeto de requisição precisam ser fundamentadas e ter lastro na legislação.

O fato é que, ainda que apresente dois momentos distintos, o da investigação e o da ação penal, a persecução criminal é una, indivisível, e possui um **sistema lógico progressivo de acontecimentos**, de modo que o procedimento não deve retroceder, salvo se ausente um dado *imprescindível* ao seu seguimento.

Nesse passo, atento à progressividade da persecução penal, deve o delegado verificar a constitucionalidade, legalidade e legitimidade de toda e qualquer requisição que receba. Nesse sentido, ensina Leonardo Marcondes[7]:

Em primeiro lugar, equiparar requisições a ordens mostra-se completamente incorreto, uma vez que inexistente qualquer relação de subordinação hierárquica funcional dos delegados de polícia em relação aos juízes e membros do *parquet*. Aliás, o mantra segundo o qual “requisições não se discutem, apenas se cumprem” vai na mesma linha. Há, sim, por parte do delegado de polícia, o dever jurídico-político de analisar a constitucionalidade da diligência requisitada pelo Judiciário ou pelo Ministério Público antes da sua realização no inquérito policial. Por óbvio, se inconstitucional ou ilegal a requisição, não pode ter qualquer espaço no procedimento investigativo.

Portanto, fica nítido que, no seio da investigação criminal constitucional (moderna) compete à autoridade policial realizar o *controle de*

legalidade lato sensu que deve permear as requisições ministeriais e judiciais dirigidas à polícia judiciária.

A requisição judicial na fase da investigação criminal

Para que possuam legitimidade e legalidade as requisições precisam ser fundamentadas, pertinentes e imprescindíveis, como esboçamos inicialmente.

No que se refere às requisições judiciais, fazemos um aparte apenas para salientar que, ainda que sejam possíveis na fase pré-processual, ***não se pode olvidar que no sistema acusatório é vedado ao magistrado substituir o órgão acusador***, tomando a iniciativa de determinar a produção de provas não requeridas pelas partes, i.e., sem provocação, salvo nos casos pontuais em que a própria lei o autoriza a determinar a produção de provas de modo subsidiário ou supletivo(o que ainda não eximiria de possíveis críticas a postura ativa do órgão judicante, diante da suposta violação ao sistema acusatório).

Em outros termos, hoje, na persecução criminal, mormente durante a fase preliminar da investigação criminal, consubstanciada nos autos do inquérito policial, é **expressamente vedado que o juiz determine** a realização de diligências *sponte sua*.

Inclusive, já frisamos em outra oportunidade[8], quando discorreremos sobre a ausência de lastro legal na requisição judicial de oitivas em procedimento de natureza cautelar, sobre o cuidado que os magistrados precisam ter no desempenho do poder requisitório, sob pena de flagrante violação ao sistema acusatório, modelo que ganhou especial relevo com o pacote anticrime (Lei nº 13.964/19).

Com o novo regramento, pensamos que a mensagem do legislador foi clara ao traçar às definições rígidas das atribuições de atuação de cada órgão da persecução penal, sendo nosso entendimento de que os juízes devem se abster de medidas desse jaez, principalmente com a nova lei de abuso de autoridade, que faz as autoridades redobrar a cautela no desempenho das suas atribuições.

Assim, diante desses argumentos, ***sendo praticamente inexistente a confecção de requisições judiciais na fase preliminar da persecução penal***, nos tópicos a seguir, vamos nos ater à análise das requisições ministeriais, que, em regra, ocorrem em maior número no seio das investigações policiais.

A fundamentação jurídica da requisição ministerial

Para que possua respaldo na ordem constitucional vigente e, assim, legitimidade e legalidade, a requisição confeccionada pelo Ministério Público, no seio das investigações criminais precisa apresentar o seu *fundamento jurídico*.

A requisição ministerial dirigida à autoridade policial, nos termos do artigo 129, VIII, da Constituição Federal[9], deve apresentar **fundamento jurídico**, que, para o Superior Tribunal de Justiça, é a *circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão*, não sendo suficiente apenas o **fundamento legal**(dispositivo de lei regente da matéria)[10], que, refira-se, é implícito a qualquer ato processual.

Em outras palavras, quando o Superior Tribunal de Justiça diz que o *fundamento jurídico* é o “fundamento de fato qualificado pelo direito”, subentende-se que o *fundamento legal* deve ser apontado naturalmente, de modo consequencial, pois trata justamente da própria “qualificação pelo direito”, como forma a legitimar e autorizar o “fundamento de fato”.

A fundamentação jurídica da requisição ministerial, inclusive, além de ser **elemento essencial de sua constitucionalidade**, é elemento imprescindível para que se possa realizar o **controle de legalidade**. Qualquer requisição ministerial fundamentada simplesmente no *poder requisitório genérico*(art. 129, VIII, CF) ou no *dever legal de atendimento*(art. 13, II, CPP), indiscutivelmente, não vence o primeiro requisito de filtragem estabelecido pela Constituição Federal, i.e., **apresentação do fundamento jurídico**, devendo ser considerada juridicamente infundada.

Com o perdão pela tautologia, sublinhamos: a persecução criminal é um sistema lógico progressivo de acontecimentos. Assim, o procedimento indivisível da persecução não deve retroceder, exceto se ausente um dado *imprescindível* que lhe impeça o andamento. Essa *ausência*, quando constatada, deve estar descrita e ser juridicamente pormenorizada e fundamentada na requisição ministerial.

A pertinência e imprescindibilidade da requisição ministerial

Dando sequência ao roteiro de análise do controle de legalidade das requisições ministeriais, insta anotar que, para que possua legitimidade e legalidade, a requisição precisa ser *pertinente e imprescindível*.

Nesse aspecto, referimos que a diligência (em forma de requisição) deve ser **imprescindível à ação penal**, conforme determinação expressa do art. 16 do Código de Processo Penal, onde o legislador estabelece o caminho progressivo e

lógico (caminhar para frente) que deve nortear a persecução criminal. Trata-se de outro requisito (o segundo) para que a diligência objeto da requisição seja atendida.

A par dessa inferência, o dispositivo legal acima referido é expresso no sentido de que o **promotor não poderá requisitar novas diligências, exceto** se imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. É nesse contexto que nos referimos, inicialmente, a *requisições aparentemente legais*, pois, ainda que se constituam em diligências possíveis, como uma simples inquirição, *quando presentes os elementos mínimos de autoria e materialidade*, se desgarram da lei, pois *prescindível à ação*.

Nesse sentido, Márcio Anselmo^[11] ensina que:

Não obstante tal autorização, a requisição de diligências investigatórias deve obedecer aos limites legais e constitucionais impostos ao exercício do poder requisitório ministerial, sob pena de ser negada, de forma legítima, pela autoridade policial o cumprimento das diligências.

Estabelecido o momento de seu cabimento no curso do inquérito policial, é necessário definir os limites do poder requisitório a fim de se evitar abusos ou ilegalidades. O artigo 16 do CPP traz uma primeira limitação, tornando a requisição cabível somente quando a diligência for imprescindível para o oferecimento da denúncia:

Sendo assim, nota-se que a diligência deve ter por finalidade a construção da materialidade e dos indícios de autoria relacionados aos fatos sob apuração, já que são esses os requisitos para o oferecimento da denúncia (...).

Logo, qualquer diligência ministerial que seja objeto de requisição à polícia judiciária que não tenha devidamente demonstrada a sua *imprescindibilidade*, deve ser considerada *impertinente*, do modo que seu atendimento deve ser refutado, motivadamente, pela autoridade policial.

O momento da requisição ministerial^[12]

As requisições ministeriais dirigidas à polícia judiciária, feitas durante a persecução penal, só têm lugar **após a remessa do procedimento investigatório à justiça**, de modo que, presentes a *fundamentação jurídica* e a *imprescindibilidade* da diligência, deve a autoridade policial atender a requisição.

Frise-se que, requisições **no curso da investigação criminal**, i.e., durante o andamento do procedimento investigatório, são inoportunas, devendo ser desconsideradas, pois a presidência do inquérito policial cabe exclusivamente ao delegado de polícia[13], não se admitindo qualquer ingerência ou direcionamento interno (por parte de superior hierárquico) ou externo (por parte de outro órgão).

É a autoridade policial, presidente da investigação, que fará o juízo de valor acerca dos elementos que serão produzidos nos autos do inquérito policial. Caberá ao delegado de polícia definir *quais* elementos e provas serão produzidos, bem como o *momento* em que serão produzidos.

Da mesma forma, quando houver requisição ministerial para que se instaure um inquérito policial, portanto, **antes do início da investigação criminal**, é forçoso concluir que, eventuais *indicações de diligências* a serem desempenhadas pela polícia judiciária devem ser recebidas pelo delegado como *sugestões*, já que a condução do apuratório, determinando as diligências que serão realizadas, compete exclusivamente à autoridade policial.

Diante dos argumentos, acima lançados, cumpre transcrever trechos da lição de Márcio Anselmo, que, com clareza particular, assevera[14]:

Dessa forma, a interação entre o órgão ministerial, enquanto titular da ação penal e *custos legis*, e o delegado de polícia, enquanto presidente do inquérito policial, deve observar os contornos de seus papéis em três momentos distintos da investigação criminal: **a)** fase anterior à instauração da investigação; **b)** fase de tramitação do inquérito policial (da instauração até o relatório); **c)** fase posterior à finalização das apurações.

Na **fase anterior ao início da investigação criminal**, situada entre a prática delitiva e a instauração do inquérito policial, o órgão ministerial desempenha sua função fiscalizatória por meio da requisição de instauração do inquérito policial. Em virtude do princípio da obrigatoriedade, inexistente juízo de oportunidade e conveniência do delegado de polícia para decidir se instaura ou não o inquérito policial, salvo se a requisição é manifestamente ilegal.

(...)

No **curso do inquérito policial**, compreendido entre a portaria de instauração e a confecção do relatório final, cabe unicamente ao delegado de polícia decidir sobre a diligência investigatória empregada, momento adequado para execução, técnicas de inteligência necessárias e teses jurídicas que se mostrarão úteis para a apuração dos fatos. (...)

(...)

Por fim, **um terceiro momento do inquérito policial** se dá com o **oferecimento do relatório**, que marca o encerramento da atuação da polícia judiciária, uma vez que a autoridade policial reconhece que foram exauridas as diligências investigatórias disponíveis e adotadas as teses jurídicas mais adequadas para a busca do esclarecimento dos fatos. Abre-se, a partir de então, espaço para a apreciação do resultado da investigação pelo órgão ministerial.

(...)

Aqui reside o instante em que se mostra cabível a requisição das diligências investigatórias em face do delegado, enquanto presidente da investigação, sem que ocorra disfunção ou desvirtuamento dos órgãos da persecução penal. (grifamos)

Não é demais lembrar que a polícia judiciária (aqui compreendidas a Polícia Federal e as Polícias Cíveis) não é órgão subalterno do Ministério Público, não possuindo, ademais, compromisso com a acusação, conforme bem esclarecido pelo professor Henrique Hoffmann[15], sendo instituição Democrática que atua na busca da verdade.

Nesse aspecto, insta anotar que, tendo o Ministério Público o aval do Supremo Tribunal Federal para conduzir investigações criminais por suas próprias forças[16], caso pretenda dirigir a investigação e definir os elementos que devem ser produzidos, deve instaurar um Procedimento Investigatório Criminal (PIC) e proceder da forma que lhe convier.

A independência funcional das autoridades da persecução criminal é um pilar basilar do Estado Democrático. Justamente por isso é que a redação do art. 16 do Código de Processo Penal indica que a **requisição de diligência ministerial** só pode ocorrer **após a remessa definitiva do inquérito policial à justiça**.

O dispositivo refere ser vedada “devolução do inquérito à autoridade policial”, exceto se houver a necessidade de diligências imprescindível à denúncia. Ora, somente se pode *devolver* aquilo que foi *remetido*.

O destinatário da requisição ministerial

A requisição ministerial deve ser dirigida a quem seja o verdadeiro detentor de direito ou de fato da informação ou documentação pretendida. Devemos entender, por **detentor de direito**, aquele que por lei é responsável pela informação ou documentação, i.e., *a pessoa legitimada a produzir a diligência*. E, por **detentor de fato**, aquele que possui a guarda da informação ou documentação, i.e., pessoa que *detém a posse de fato*.

Nesse aspecto, referimos que a diligência (em forma de requisição), deve ser dirigida ao *destinatário certo*, uma vez que o art. 47 do CPP impede que o Ministério Público faça requisições à polícia judiciária quando a diligência pretendida estiver na posse de outra instituição.

Aliás, nem sempre o *detentor de direito* terá a guarda da informação ou documentação, pois, após a sua produção ou sua requisição à outra instituição, pode ocorrer de o resultado da diligência estar realisticamente com outra pessoa, a qual seria o *detentor de fato*.

Explicamos. Nos autos do inquérito policial, o delegado de polícia, se entender necessário, pode requisitar perícia, informações, documentos e dados[17], bem como determinar a realização de outras diligências que interessem à apuração dos fatos[18].

Sendo assim, após requisitar a realização de determinada diligência, v.g., perícia necroscópica, pode ocorrer de o documento produzido estar nas mãos do perito que, por esquecimento ou outra razão não enviou aos autos. Atente-se que, neste caso, o delegado de polícia não é o *detentor de direito*, pois a produção do laudo pericial não lhe cabe, nem *detentor de fato*, pois o referido documento não lhe foi remetido.

Nesse caso, vendo o promotor de justiça que o delegado de polícia requisitou a perícia necessária, o que está na esfera de suas atribuições, mas que o perito não formalizou a sua remessa aos autos, deve requisitar o laudo pericial ao Instituto-Geral de Perícias, não à polícia judiciária[19], evitando, dessa forma, que a unidade policial figure como uma espécie de “secretaria” do órgão ministerial.

Outra situação análoga, que teria o mesmo resultado, seria o caso de o promotor de justiça, após receber definitivamente os autos do inquérito policial para manifestação, pretender, em complemento aos elementos carreados, a juntada da *matrícula de um imóvel*, por exemplo. Essa diligência não deve ser direcionada à Delegacia de Polícia, mas ao Ofício de Registro de Imóveis, cujo responsável legal é o detentor de direito da informação pretendida.

No mesmo sentido, se, analisando os autos de um inquérito policial enviado à justiça definitivamente, entender o promotor que seria interessante juntar aos autos a *quebra de sigilo bancário ou fiscal do investigado*, tal diligência não deve ser dirigida à Delegacia de Polícia. Neste caso, além de não ser detentor de direito ou de fato da diligência, sequer pode requisitar diretamente tais informações, que estão protegidas pela *cláusula de reserva de jurisdição*. Nesse caso, entende-se que o promotor deve requerer a diligência diretamente ao juiz para que ele, então, faça a requisição à instituição detentora da diligência.

O Ministério Público tem quadro funcional muito bem aparelhado e os promotores gozam do mesmo poder requisitório que a autoridade policial, sendo vedado que se utilize da intermediação de outra instituição para a obtenção dos elementos de convicção que julgar necessários, acarretando ônus desnecessário à polícia judiciária[20].

Nesse diapasão, o delegado de polícia somente estará obrigado a atender à requisição, se estiver por lei como *detentor de direito* ou *detentor de fato* – como, v.g., no caso de vítima, terceiro ou um hospital que fornece um documento à polícia judiciária, estando realisticamente sob o poder da autoridade policial.

Das considerações finais

Por derradeiro, concluímos que cabe ao delegado de polícia realizar o *controle de legalidade lato sensu* das requisições ministeriais e judiciais dirigidas à polícia judiciária. Nesse passo, além das requisições manifestamente ilegais, deve-se ter especial atenção às requisições aparentemente legais, mas que, submetidas à análise profícua, não possuem embasamento no ordenamento, pois, desenlaçando-se do procedimento legal, subvertem o sistema lógico progressivo que deve ser observado na persecução penal.

Reforçamos que, para que possuam constitucionalidade, legalidade e legitimidade, as requisições ministeriais convergidas à polícia judiciária precisam ter lastro na lei, preenchendo os requisitos da fundamentação jurídica, pertinência, imprescindibilidade, momento específico e destinatário certo.

Faltando qualquer destes requisitos, o delegado não estará obrigado a atender a requisição, devendo, motivadamente, restituir o procedimento à origem, rejeitando seu cumprimento[21] e pensamos que os promotores devam se abster de medidas desta natureza, pois qualquer requisição que destoe do procedimento legal, impondo uma obrigação não prevista na lei, é ilegal e ilegítima.

NOTAS:

[1] Art. 5, inc. II e art. 13, inc. II, do CPP; art. 129, da CF/88.

[2] Art. 5, inc. II e art. 13, inc. I e II, do CPP.

[3] Art. 2º, §6º, Lei 12.830/13.

[4] STF, **HC 115.015**, min. rel. Teori Zavascki, j. 27/08/2013.

[5] CUNHA, Rogério Sanches. STF: **Indiciamento é ato privativo do delegado de polícia**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/04/stf-indiciamento-e-ato-privativo-delegado-de-policia/>. Acessado em 28/04/2020.

[6] Art. 10, §2º, CPP.

[7] MACHADO, Leonardo Marcondes. **Sobre requisições e requerimentos no inquérito policial: uma revisão necessária**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-13/academia-policia-requisicoes-requerimentos-inquerito-revisao-necessaria>. Acessado em 04/05/2020.

[8] GARCEZ, William; JÚNIOR, Joaquim Leitão. **A problemática da requisição judicial no âmbito de medidas cautelares penais para oitivas de testemunhas/informantes e até mesmo interrogatórios: ausência de lastro legal**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/16/problematICA-da-requisicao-judicial-no-ambito-de-medidas-cautelares-penais-para-otivas-de-testemunhasinformantes-e-ate-mesmo-interrogatorios-ausencia-de-lastro-legal/>. Acessado em 28/04/2020.

[9] Art. 129, VIII, CF: São funções institucionais do Ministério Público: requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, **indicados os fundamentos jurídicos** de suas manifestações processuais.

[10] MAZZOLA, Marcelo. **A dicotomia entre "fundamento legal" e "fundamento jurídico" na visão do STJ**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set->

[12/marcelo-mazzola-fundamento-legal-fundamento-juridico-stj.](#) Acessado em 28/04/2020.

[11] ANSELMO, Márcio Adriano. **A presidência do inquérito policial e a requisição de diligências.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/academia-policia-presidencia-inquerito-policial-requisicao-diligencias>. Acessado em 20/04/2020.

[12] Neste capítulo, em que analisaremos o momento de formalização da requisição ministerial, deixamos consignado, a ilegitimidade e impertinência de requisições cujo conteúdo pretenda a **conversão de um procedimento investigatório criminal (PIC) em inquérito policial (IP)**, de modo a transferir à polícia judiciária a condução dos trabalhos iniciados no Ministério Público. Tal prática se verifica nos casos em que determinado “setor de investigação” do órgão ministerial conduz uma investigação e acaba não logrando êxito no apuratório, concluindo o procedimento sem elucidação da autoria ou obtenção da materialidade delitiva, remetendo, então, à Delegacia de Polícia para dar continuidade às investigações. ***Esse assunto será, por nós, melhor explorado futuramente, em estudo dirigido especificamente a esta finalidade.***

[13] Art. 2º, §1º, Lei 12.830/13.

[14] ANSELMO, Márcio Adriano. *Loc. cit.*

[15] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>. Acessado em 28/04/2020.

[16] STF, Tribunal Pleno, **RE 593.727**, min. rel. Cezar Peluso, j. 14/5/2015.

[17] Art. 2º, §1º, Lei 12.830/13.

[18] Art. 6º, CPP.

[19] Certamente, aqui, nos referimos à hipótese em que o departamento de perícias não pertence à polícia judiciária, sendo *instituição independente*, pois, nesses casos, o delegado de polícia não é *superior hierárquico do perito*, i.e., não responde pelas atividades daquele profissional, que pertence a outra instituição oficial, desvinculada da polícia judiciária, como é o caso do Rio Grande do Sul, por exemplo.

[20] ANSELMO, Márcio Adriano. *Loc. cit.*

[21] GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia.** Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>. Acessado em 22 de abril de 2020.

NOTAS:

[1] Delegado de Polícia (PCRS). Pós-graduado com Especialização em Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Criminal na graduação e na pós-graduação da Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA) e em cursos preparatórios para concursos públicos (Ad Verum/CERS e Casa do Concurseiro). Autor de artigos jurídicos.

A EFETIVIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI:

Pós-Graduada em Direito Ambiental – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Constitucional – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Penal – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Sanitário – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Difuso e Coletivo – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Público – Anhanguera Uniderp. Pós-Graduada em Direito Processual Penal – Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil – Damásio Educacional. Bacharel em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

RESUMO: O presente estudo visa analisar a efetividade do mandado de injunção na concretização dos direitos fundamentais, diante da inércia do Poder Legislativo em regulamentar seu exercício, apresentando a evolução jurisprudencial ocorrida na Suprema Corte para assegurar o exercício de direitos constitucionalmente consagrados.

PALAVRAS-CHAVE: mandado de injunção, direitos fundamentais, omissões constitucionais, inércia legislativa

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2.1. A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2.2. O MANDADO DE INJUNÇÃO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A celeuma da omissão de regulamentação de direitos relacionados à nacionalidade, soberania e cidadania é um tema extremamente complexo que vem ensejando inúmeros debates acerca de suas implicações na jurisdição constitucional brasileira.

Nessa senda, pretende-se abordar a temática do Mandado de Injunção, no contexto do Estado Democrático de Direito, demonstrando a evolução na aplicabilidade do instituto para supressão de lacunas normativas em normas de eficácia limitada.

Visando sanar referida síndrome da inefetividade das normas constitucionais, a Lei n. 13.300/16 disciplinou o mandado de injunção individual e coletivo, nos termos do inciso LXXI do art. 5.º da Constituição Federal. Sedimentou-se, a partir de então, posições relevantes para o uso da ação constitucional como instrumento de viabilização dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

A relevância do tema é inegável, especialmente por causa dos diários entraves postos à efetividade das normas programáticas relacionadas a direitos e garantias fundamentais.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

À luz das transformações promovidas com o advento do Neoconstitucionalismo, implementou-se um modelo de reconhecimento da força normativa da Constituição Federal de 1988, sujeitando o no ordenamento jurídico pátrio a uma releitura constitucional para garantir a efetividade dos valores de cunho social e político emanados pela Lei Maior.

A conjuntura do Estado Democrático de Direito implementado com a Carta Magna representou, portanto, mudanças na efetivação dos direitos fundamentais, tendo o legislador originário estabelecido a aplicação direta e imediata, na extensão máxima de sua densidade normativa, das normas constitucionais.

Como o ordenamento jurídico passa a ser visto à luz da Constituição, e esta tem eficácia normativa através de seus princípios e regras, a jurisdição constitucional brasileira, que já era ampla em virtude do modelo híbrido de controle de constitucionalidade, fica ainda mais sobrecarregada, potencializando a judicialização das relações sociais e ensejando fortes conflitos institucionais. Tal fato ainda é fomentado pelo caráter analítico e dirigente da Carta Magna, pelas inúmeras técnicas de interpretação judicial, e pelos conceitos indeterminados, fazendo com que muitas questões

polêmicas e moralmente complexas sejam levadas ao Judiciário. (DOUGLAS, ARAÚJO E CHAVES, 2016, p. 35-36)

Superou-se, nesse cenário, o clássico modelo liberal de Estado e de Estado Social de Direito, promovendo-se não apenas as liberdades e igualdades individuais mas também os direitos transindividuais relativos à coletividade.

Com efeito, os direitos fundamentais, subdivididos em dimensões por Karel Vasak e Paulo Bonavides, incorporaram-se aos preceitos constitucionais, promovendo uma universalização no sistema, com o resgate da dignidade como valor inerente à condição humana e centro orientativo de direitos.

Insta mencionar que os direitos indispensáveis à pessoa humana, reconhecidos e incorporados ao direito positivo, classificados como de primeira dimensão, são àqueles relacionados aos direitos civis e políticos conquistados pela humanidade, ligados à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por essa razão, manifestam-se como direitos de defesa, com *status* negativo, que buscam proteger a liberdade do indivíduo frente à atuação arbitrária do Estado.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão representam os direitos sociais, econômicos e culturais, de cunho positivo, que exigem prestações positivas do Estado, demandando a intervenção estatal para a garantia de bens e direitos essenciais à sobrevivência digna, promovendo a justiça e o bem-estar social.

Ademais, os direitos de terceira dimensão destinam-se à proteção do homem em coletividade social, sendo de titularidade difusa ou coletiva, transcendendo o indivíduo isoladamente considerado.

Nesse caminhar, a ideia de um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo sistema jurídico, exprime a imperatividade e obrigatoriedade imediata da efetivação do gozo desses direitos fundamentais, segundo preceitua o art. 5.º, § 1.º, da CF.

Verifica-se, portanto, que, a partir do disposto no art. 5.º, § 1.º, da CF, é possível sustentar a existência – ao lado de um dever de aplicação imediata – de um dever, por parte dos órgãos estatais (mas com ênfase nos órgãos jurisdicionais, a que incumbe inclusive a revisão dos atos dos demais entes estatais nos casos de violação da Constituição), de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais. (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2018, p. 388)

Dada a multifuncionalidade dos direitos fundamentais bem como os caracteres heterogêneos das normas a eles relacionadas, resta cediço o fato de que nem todos os dispositivos constitucionais possuem a mesma eficácia jurídica. Destarte, observou-se na realidade social subjacente a falta de efetividade das normas programáticas de eficácia limitada.

Sem prejuízo do tratamento dado à efetividade das normas constitucionais, certo é que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o vetor axiológico que rege o ordenamento jurídico pátrio, inadmitindo que a proteção e fruição dos direitos fundamentais fiquem condicionados à uma interposição legislativa, ainda que se cuide de direito associado a uma norma programática de eficácia limitada, dado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A possibilidade de efetivação de direitos constitucionalmente previstos através do Poder Judiciário decorre, conforme visto, não só da força normativa da Constituição, mas também da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5o , XXXV), posto que ele não age de ofício, mas sim provocado. Deve o juiz se valer da teoria geral do Direito (art. 4o da LINDB), não podendo se eximir de julgar, colmatando a lacuna no caso de omissão. Se considerarmos que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e cabe ao Judiciário a sua guarda, cabe também a ele o dever de concretizá-los, sobretudo quando há inércia do Executivo e do Legislativo (DOUGLAS, ARAÚJO E CHAVES, 2016, p. 39)

Sob esse prisma, o processo constitucional, marcado pela construção do Estado Democrático de Direito, passou a ser compreendido, portanto, como uma metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais. A partir dessa visão, acentuou-se uma tendência de constitucionalização do ordenamento jurídico, acarretando uma aproximação entre o processo e a Constituição para efetividade das normas positivadas na Lei Maior, mormente quando vinculadas à preceitos de eficácia limitada.

A intenção da doutrina da efetividade é assegurar, na prática, que nas hipóteses em que a Constituição tenha assegurado direitos subjetivos, como por exemplo, direitos sociais, políticos, individuais ou difusos, eles podem ser exigidos diretamente do Poder Público ou de particular. Em outras palavras, a plena eficácia da Constituição passa a ser realizada,

também, pelo Poder Judiciário (DOUGLAS, ARAÚJO E CHAVES, p. 37)

Assim, essa visão do processo no Estado Constitucional que almeja o comprometimento com o Estado Democrático, com a tutela jurisdicional e com um Poder Judiciário eficiente, permite que a Constituição que, até então, possuía a função tradicional de limitação do poder e organização da estrutura de governo, passasse a assumir um novo papel ao submeter todo o ordenamento jurídico a uma filtragem constitucional, consagrando os valores nela imanentes, com eficácia imediata e independente.

[...] o direito processual constitucional tem por desiderato evitar e proteger os ataques aos direitos consagrados no texto constitucional. Assim, os institutos de direito processual constitucional configuram-se no Estado de Direito como um importante instrumento para a preservação e garantia das liberdades públicas. O direito processual constitucional regula a jurisdição constitucional, que é a própria garantia da Constituição. A jurisdição constitucional é um meio de controle. É um instrumento de controle político, visto que sua existência contribui para o aprimoramento da democracia. O desenvolvimento da democracia alia-se à ideia de controle. (SIQUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 30-31)

A coerência substancial, com base na supremacia da força normativa da Lei Maior, há de ser vista como objetivo fundamental, de modo que a expansão da jurisdição constitucional, por meio do controle de constitucionalidade difuso e concentrado, possibilite a efetiva cooperação das partes no procedimento e na formação da decisão a fim de que seja desenvolvida uma norma hermenêutica constitucional à luz da garantia dos direitos fundamentais.

Nesse íterim, a constituição Federal de 1988, seguindo a tendência dos documentos constitucionais do segundo pós-guerra, regulamentou relevantes instrumentos republicanos que objetivam garantir o respeito a direitos fundamentais ou a regras de organização do poder do Estado, efetivando os preceitos emanados pelo constituinte originário.

Sob esse prisma, o processo tem que ser construído para bem tutelar os direitos fundamentais (relação entre processo e a acepção subjetiva dos direitos fundamentais) e tem de ser estruturado de acordo com as normas de direitos fundamentais (relação entre processo e a acepção objetiva dos direitos

fundamentais). É nesse cenário, que se apresentam os instrumentos constitucionais que se destinam a assegurar as normas de garantia da cidadania, seja por meio de processos subjetivos ou objetivos.

Nesse azo, a dimensão objetiva do processo constitucional aduz que a pretensão é deduzida em juízo mediante um controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, de modo a verificar a compatibilidade e adequação entre a indigitada lei e a Constituição. Por se tratar de um processo de índole objetiva, onde não existem partes formais, mas sim legitimados restritos, a finalidade principal é proteger a ordem constitucional objetiva, cujo Supremo Tribunal Federal é seu guardião, e, portanto, competente para julgá-lo. Cabe à Suprema Corte, por consequência, assegurar a supremacia constitucional, ficando o controle apenas na análise em tese da lei, sem aplicação dessa decisão ao caso concreto, mas com efeito vinculante e eficácia "erga omnes".

Por sua vez, na dimensão subjetiva são levados à análise do judiciário direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares. Trata-se de um controle difuso, incidental ou concreto de constitucionalidade, exercido por qualquer magistrado. A finalidade principal do controle concreto é assegurar direitos subjetivos, estando legitimado qualquer indivíduo que tiver seu direito violado. Assim, o processo constitucional materializa remédios como o *habeas corpus*, o *habeas data*, a ação popular, o mandado de segurança e o mandado de injunção. São instrumentos que visam a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, de modo a se harmonizar com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Acerca dos *writs* constitucionais, elucida Siqueira Júnior:

Para assegurar os direitos e as garantias constitucionais está à disposição do cidadão o que a doutrina denomina remédio constitucional, que é o instrumento de natureza processual. Assim, não se pode confundir remédio constitucional, que são medidas ou processos especiais elencados na Constituição, com garantias, que buscam prevenir e não corrigir violações dos direitos fundamentais. As garantias são obstáculos erguidos para proteção dos direitos, consistindo assim nas prescrições que vedam determinadas ações que violariam o direito consagrado na Magna Carta. Os *writs* constitucionais são verdadeiros remédios constitucionais na medida em que têm a finalidade de impedir ou invalidar os efeitos de ato contrário à Constituição; é o verdadeiro remédio contra a

irregularidade constitucional. (SIQUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 647-648)

O instrumento constitucional subjetivo utilizado para combater a inércia legislativa, quando dessa conduta omissiva houver a inviabilização dos direitos e liberdades consagrados na Constituição, é o mandado de injunção. Com isso em mente, Pedro Lenza (2015, p. 1252) aduz que esse mecanismo visa sanar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, garantindo o pleno exercício dos direitos constitucionais.

Acerca da diferença entre o instituto do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão colaciona-se o seguinte entendimento doutrinário:

A norma institui evidente relação de causalidade entre a falta ou insuficiência de lei (v. art. 2.º da Lei 13.300/2016) e o exercício de direito. Assim, o mandado de injunção objetiva dar tutela a um direito subjetivo, constituindo mecanismo que permite a fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão. Enquanto isso – como será mais bem explicado no próximo capítulo –, a ação direta de inconstitucionalidade é instrumento de tutela do direito objetivo, em que há fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão. Basicamente, a diferença entre um e outro está em que no mandado de injunção há tutela do direito carente da atuação do legislador e, na ação direta, há tutela em abstrato da norma constitucional, atacando-se a inconstitucionalidade em tese. (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2018, p. 1295).

Sob essa perspectiva, o Poder Judiciário adota uma postura ativista, visando sanar a inércia desarrazoada do legislador, de modo a efetivar os direitos fundamentais, sem que se configure violação ao princípio da separação dos poderes.

2.2. O MANDADO DE INJUNÇÃO

Considerando que a Constituição Federal de 1988 realizou uma inovação no ordenamento jurídico pátrio ao prever o mandado de injunção para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, passou-se a conferir-lhe o *status* de cláusula pétrea (art. 60, §4º, I, CF) no fortalecimento da jurisdição constitucional. Assim, estabeleceu o constituinte originário ser possível a concessão de “mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos

direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5.º, LXXI, da CF).

Com efeito, diante do silêncio legislativo na efetivação de normas constitucionais de eficácia limitada, o mandado de injunção é considerado um instrumento de combate do engessamento do legislador na publicação de normas que assegurem o caráter cogente e vinculante das disposições constitucionais.

Criado pelo legislador constituinte brasileiro e consagrado pela primeira vez na Constituição de 1988, o mandado de injunção consiste em uma garantia constitucional autoaplicável a ser utilizada quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5.º, LXXI). Trata-se de uma ação de controle incidental de constitucionalidade, na qual a pretensão é deduzida em juízo por meio de um processo constitucional subjetivo destinado a assegurar o exercício de direitos subjetivos. (NOVELINO e CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 1927-1928)

Infere-se, dessa forma, tratar-se de uma ação constitucional de natureza civil e de procedimento especial que objetiva tutelar um direito subjetivo quando demonstrada uma relação de causalidade entre a ausência ou insuficiência da lei e o exercício de determinado direito.

Disciplinando a temática, a Lei n. 13.300/16 estabeleceu os preceitos necessários ao processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo.

Dentre os pressupostos necessários para sua concessão, o primeiro refere-se à existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, que assegure direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, atendendo aos requisitos do art. 5º, LXXI, CF. Tendo isso em foco, inadmite-se que a previsão do direito conste apenas em lei ou em qualquer outro ato normativo.

Além disso, exige-se a falta de norma regulamentadora e que essa omissão inviabilize o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas previstas constitucionalmente, havendo um nexo causal entre o vácuo legislativo e a impossibilidade do direito tutelado.

O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado quando também existir – simultaneamente imposta pelo

próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Desse modo, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional (MI 463, rel. Min. Celso de Mello)

No que concerne à ausência de norma regulamentadora, Silva (2014, p. 453) aduz que “há casos, contudo, em que a norma constitucional apenas supõe, por sua natureza, por sua indeterminação, a necessidade de uma providência do poder público para que possa ser aplicada”. Nesse aspecto, a aplicabilidade da norma estaria condicionada a elaboração legislativa, sob pena do direito previsto não restar concretizado.

Sob essa perspectiva, “é imprescindível que a omissão legislativa efetivamente acarrete o sacrifício dos direitos tutelados pelo mandado de injunção, porque, sendo esses direitos tutelados mesmo diante de tal omissão, será incabível essa ação constitucional” (NEVES, 2018, p. 299)

Desse modo, a pretensão resistida de uma norma constitucional autoaplicável não pode ser sanada com a utilização do mandado de injunção por eventual omissão legislativa para sua regulamentação. O objetivo desse remédio constitucional não é corrigir as imperfeições legislativas ou atacar ilegalidades ou a ocorrência de inconstitucionalidade de uma norma, mas sim promover a necessária regulamentação de normas de eficácia limitada para o exercício de um direito previsto na Carta Magna.

Para o cabimento do mandado de injunção, é imprescindível a existência de um direito previsto na Constituição que não esteja sendo exercido por ausência de norma regulamentadora. O mandado de injunção não é remédio destinado a fazer suprir lacuna ou ausência de regulamentação de direito previsto em norma infraconstitucional, e muito menos de legislação que se refere a eventuais prerrogativas a serem estabelecidas discricionariamente pela União. (MI 766-AgR, Rei. Min. Joaquim Barbosa, julg. em 21.10.2009, Plenário, DJEde 13.11.2009).

Sobre a temática, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a omissão que legitima o mandado de injunção seria não apenas uma omissão absoluta, representada pela ausência de norma regulamentadora, como também uma omissão parcial, em que a atividade legislativa seria imperfeita ou insatisfatória. Nada obstante, aduz Neves (2018) ser indispensável um excessivo prazo para legislar, a ponto de configurar o retardamento como abuso do direito legal de não legislar.

Quando a norma constitucional define prazo para a regulamentação, a mora é mera decorrência da superação do prazo fixado, tornando-se desnecessário investigar se a demora é excessiva ou foge do razoável. A ideia de “superação de prazo razoável” como critério de caracterização da mora só é aplicável quando a norma constitucional, embora prevendo necessidade de regulamentação, deixa de estabelecer prazo para a edição das providências legislativas. Ou seja, só é preciso investigar se a demora é excessiva quando prazo inexistente. Nesse caso, por haver dever de legislar, mas não existir prazo para o exercício desse dever, indaga-se, diante das peculiaridades da situação concreta, se o tempo de demora do legislador foge do razoável (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2018, P. 1314)

A respeito da legitimidade ativa para o mandado de injunção individual, podem propor a ação as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas constitucionais não exercidas por ausência da norma regulamentadora (art. 3, Lei n. 13.300/16).

Por sua vez, quando os direitos, as liberdades e as prerrogativas pertencerem, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria, preceitua o art. 12 da Lei do Mandado de Injunção que a pertinência subjetiva para demanda pode ser promovida:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

De outro norte, a teor do art. 3 da referida legislação, elucida Rodrigo Padilha (2018, p. 455) que “a ação dirige-se contra autoridade estatal do órgão competente para expedição de norma regulamentadora da vontade constitucional como o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora”. Descabe, segundo entendimento pretoriano, que pessoas jurídicas de direito privado beneficiadas pela falta de regulamentação possam ocupar o polo passivo da demanda, já que deles não emanam provimentos normativos.

No que tange à competência para processamento e julgamento do mandado de injunção, a Lei Maior definiu os casos em que os Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais irão analisar a matéria (art. 102, 1, q; art. 105, 1, h; art. 121, §4º, V e art. 109, I, todos da CF/88).

Acerca do procedimento, o instrumento normativo prevê que a petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicar, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado (art. 4, Lei n. 13.300/16).

Ao receber a petição inicial, deverá o magistrado ordenar: I - a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações; II - a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito (art. 5, Lei n. 13.300/16).

Acerca da possibilidade de deferimento de medida liminar no bojo do mandado de injunção, a Suprema Corte inadmite o instituto, conforme colaciona doutrina especializada:

Não cabe medida liminar em sede de mandado de injunção, por ser inadequada ao remédio constitucional em questão. Esse é o entendimento absolutamente pacífico do STF na matéria. Na posição que veio a predominar no Tribunal, o mandado de injunção resulta, quando provido, no reconhecimento formal da inércia do Poder Público no cumprimento de seu dever constitucional de legislar, não admitindo a Corte declaração provisória desta omissão, em decisão liminar. O reconhecimento da mora legislativa, se for o caso, só pode ser proclamado na decisão final do mandado de injunção. (MOTTA FILHO, 2018, p. 389)

Por outro lado, depreende-se do arcabouço legislativo exposto alhures que, sendo manifestamente incabível ou manifestamente improcedente, a petição inicial será desde logo indeferida (art. 5, Lei n. 13.300/16), cabendo recurso agravo para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração (art. 6, § único, Lei n. 13.300/16).

Diante disso, findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público no prazo de dez dias, encaminhando-se os autos conclusos para decisão.

Esclarece José Afonso da Silva (2014, p. 454-455) que o conteúdo da decisão do mandado de injunção consiste na outorga direta do direito reclamado. Caso deferido, as posições que se formaram no Pretório Excelso acerca dos efeitos da decisão podem ser definidas em concretistas e não concretistas.

A posição concretista, segundo Rodrigo Padilha (2018, p. 457), possibilita a criação de uma decisão constitutiva pelo Poder Judiciário que “declare a existência da omissão administrativa ou legislativa e implemente o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente”.

Essa vertente, subdivide-se em teoria concretista geral, individual e intermediária.

A tese concretista geral ou teoria da independência jurisdicional estabelece que, por meio de uma normatividade geral, o Supremo Tribunal Federal legislaria no caso em concreto de modo a produzir uma decisão com efeitos erga omnes enquanto o Poder Legislativo não editasse a norma integrativa. Elucida Bernardo Fernandes (2017, p. 634) que “o STF, em linha de princípio, não adotou essa tese, afirmando que

tal entendimento fere o princípio da separação dos poderes, pois estende os efeitos para todos colocando o Pretório Excelso como um verdadeiro legislador positivo”.

De outra banda, a posição concretista individual implementa de forma imediata o direito pleiteado apenas para a parte requerente do mandado de injunção, independentemente de notificação ao Poder Legislativo para criação da norma faltante.

Quanto à posição concretista intermediária, Pedro Lenza (2015, p. 1054) aduz que, julgando procedente o mandado de injunção, o Poder Judiciário deve fixar um prazo ao Poder Legislativo para elaborar a norma regulamentadora. Após o lapso temporal, permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito.

Acerca da tese não concretista ou da subsidiariedade, na qual se decreta a mora legislativa diante de sua inércia, limitando-se a declarar a mora e cientificar o órgão omissor, ensina Bernardo Golçalves que:

Essa tese reconhece a mora, mas não implementa (não viabiliza) o exercício do direito para o autor da ação, apenas recomendando ao legislador que supra a mora. Portanto, para essa corrente concede-se a injunção ao autor afirmando-se que, realmente, existe um direito sem regulamentação (complementação) e que os Poderes Públicos encontram-se em mora, mas, após esse reconhecimento da mora do legislador, há somente a recomendação para que o mesmo a supra. Nesse caso, a natureza da decisão é meramente declaratória. (FERNANDES, p. 634).

Conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha, por muito tempo, adotado a teoria não concretista, com substrato na cláusula da separação dos poderes a qual não autoriza o Judiciário atuar como legislador positivo, diante da ineficácia prática do reconhecimento da mora legislativa, passou-se a rechaçar essa aplicação.

Nessa toada, Rodrigo Mazzei assinala que:

[...] a presente teoria não absorve o espírito de garantia constitucional do writ, porquanto a declaração do estado de inércia – assim como mera cientificação desse estado – não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa. É por isso que afirmamos: segundo a teoria da subsidiariedade, o mandado de injunção pouco tem de

mandado – já que apenas científica – e menos ainda tem de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo a integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável (in Didier Jr., 2011, p. 228).

A partir do ano de 2006, esse posicionamento sofreu significativas mudanças à medida em que a Corte Superior constatava que a inércia legislativa persistia. Tal fato, aliado à alteração do corpo de juristas do Pretório Excelso, acarretou na prolação de decisões mais substantivas para viabilizar o exercício de direitos fundamentais, uma vez que o remédio constitucional aparentava ser ineficaz para a consecução dos direitos fundamentais.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal flexibilizou a interpretação constitucional inicialmente fixada, conferindo uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. Entendeu-se ser possível ao Poder Judiciário, “somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito” (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2018, p. 1297).

Aceitou-se, nesse aspecto, soluções normativas para a decisão judicial, proferindo uma espécie de sentença aditiva ao implementar a garantia ainda não regulamentada pelo legislador após o esgotamento do prazo assinalado.

Aplicando a teoria concretista individual, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente o Mandado de Injunção n. 721 impetrado contra o Presidente da República para que fosse concedido à servidora do Ministério da Saúde o direito à obtenção da aposentadoria especial, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no art. 40, §4, da Lei Maior.

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se

de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. (STF, MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007)

Posteriormente, no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, em que se buscava assegurar o direito de greve a determinados servidores públicos, a Corte Constitucional, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação da lei de greve vigente no setor privado, Lei n. 7.783/89, no que lhe fosse cabível. Nesse caso paradigmático, a Suprema Corte consagrou a teoria concretista geral, conferindo efeitos erga omnes a todo o funcionalismo público, não restringindo a aplicação da lei apenas aos impetrantes.

Foi no MI 712, porém, que o STF pronunciou de modo mais claro a função que, anteriormente, já se lhe tentava imprimir. Neste caso, a Corte não apenas retirou consequências práticas da não observância de uma decisão que impõe prazo para legislar, mas disse expressamente que possui, ao decidir o mandado de injunção, o poder de editar norma jurídica em substituição à devida pelo legislador, sem que isso possa representar violação à independência e harmonia entre os poderes (art. 2.º da CF) e à separação dos poderes (art. 60, § 4.º, III, da CF). (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2018, p. 1301)

Essa evolução repercutiu na normatização do instituto do Mandado de Injunção, tendo a Lei n. 13.300/16 regulamentado a adoção da corrente concretista intermediária ao dispor que, reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para determinar prazo razoável para edição da norma regulamentadora e estabelecer as condições de exercício do direito ou as condições para promover ação própria visando a exercê-lo, caso a mora legislativa não seja suprida tempestivamente (art. 8º, inc. I e II, Lei n. 13.300/16).

Nos termos do aludido diploma legislativo, a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. Nada obstante, é possível que se conceda eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da

liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9, caput e §1, Lei n. 13.300/16), aplicando-se, nesse caso, a teoria concretista geral.

Em relação ao aspecto temporal, a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável (art. 11, Lei n. 13.300/16). Se a norma for editada antes da decisão, estará prejudicada a impetração, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito (art. 11, §único, Lei n. 13.300/16).

Cumprido aduzir, por fim, que, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito (art. 10, Lei n. 13.300/16), suprimindo lacunas dos direitos e garantias fundamentais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do movimento Neoconstitucional, a evidenciação de novos interesses sociais e de crescentes transformações do Estado permitiram que a Constituição Federal de 1988 se tornasse uma ferramenta para a implementação de direitos fundamentais.

Figurando como a norma de validade de todo o sistema, em decorrência do princípio da unidade do ordenamento e da supremacia da Lei Maior, a Carta Magna permitiu o fortalecimento da jurisdição constitucional ao elencar instrumentos de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentre os remédios constitucionais destinados a viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando a falta de norma regulamentadora impedir sua fruição, ressurte o Mandado de Injunção.

A fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, objetivando tutelar um direito subjetivo, passou então a ser disciplinada pela Lei n. 13.300/16, nos termos do art. 5, LXXI, CF.

A evolução legislativa promovida pelo advento da Lei do Mandado de Injunção permitiu expressamente que o Poder Judiciário pudesse assegurar o exercício de direitos constitucionalmente consagrados, após prazo para correção da omissão pelo Legislador, sem que essa decisão de caráter aditivo pudesse configurar burla ao princípio da separação dos poderes.

4. REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

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

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa de e CHAVES, André Luiz Maluf. **Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos: razões pelas quais o STF deve dar cumprimento ao art. 37, X, da Constituição**. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In DIDIER JR., Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. 5 ed. rev. atua. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Constituição Federal para concursos : doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. **Constituição interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

FEMINICÍDIO: MANIFESTAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE OS GÊNEROS

LÉIA GONÇALVES DUTRA: Bacharelanda no curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná 2020.

Artigo apresentado no curso de graduação, em Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná 2020, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito. Orientadora: Prof. Ma. RENATA MIRANDA DE LIMA

RESUMO: O presente artigo busca fazer uma análise de um tema atual e de grande relevância para a sociedade, tendo como tema principal o feminicídio, cujas características são mortes intencionais e violentas de mulheres em decorrência do seu sexo, pontuando a necessidade da criação da Lei 13.104/15, que alterou o Código Penal Brasileiro para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei 8.702/90, que incluiu o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Também buscou-se fazer uma análise sociojurídica acerca da violência de gênero no ordenamento jurídico brasileiro, conceituando desigualdade de gênero, contextualizando a violência doméstica, suas causas e consequências e ainda a Lei Maria da Penha tida como uma conquista dos movimentos feministas e a violência de conjugalidade. Diante da pesquisa realizada, foi possível concluir que a violência de gênero permanece presente na realidade brasileira, vitimando muitas mulheres. Essas consequências decorrem de uma sociedade patriarcal, sendo uma afronta direta aos direitos humanos da mulher agredida.

Palavras-chave: Feminicídio. Homicídio. Violência contra mulher. Desigualdade de gênero.

ABSTRACT: Abstract: This article look for making an analysis of a current topic with great relevance to society, having as its main theme femicide, whose characteristics are intentional and violent deaths of women just because their sex, emphasizing the need for the creation of Law 13.104 / 15, which amended the Brazilian Penal Code to provide for femicide as a qualifying circumstance for the crime of homicide, and art. 1 of Law 8,702 / 90, which included femicide in the list of heinous crimes. It also sought to make a socio-legal analysis about gender violence in the Brazilian legal system, conceptualizing gender inequality, contextualizing domestic violence, its causes and consequences and also the Maria da Penha Law considered as an achievement of feminist movements and the violence of conjuality. Given the

research carried out, it was possible to conclude that gender violence remains present in the Brazilian reality, victimizing many women. These consequences come from a patriarchal society, being a direct affront to the human rights of battered women.

Keywords: Femicide. Homicide. Violence Against Woman. Gender Inequality.

1 INTRODUÇÃO

O termo feminicídio surgiu na década de 1970, com a finalidade de identificar e evidenciar discriminação, coerção, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres em sua forma mais grave e que consuma em morte. Essa forma de assassinato não integra um evento isolando e nem repentino, mas sim faz parte de contínuos processos de violência, cujas raízes misóginas retratam o uso da agressividade para a coerção e dominação.

O uso do termo "Feminicídio" foi prolatado pela primeira vez em 1976 pela socióloga e feminista Daiana Russel no Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, que ocorreu na cidade de Bruxelas, capital da Bélgica. Esse acontecido visou denunciar violências que mulheres vinham sofrendo e logo passou a ser adotado em outras nações, mais especificamente no final do século XX e início do século XXI.

No Brasil, tendo como exemplo, até algum tempo atrás a morte de mulheres no qual o companheiro tinha sido o agressor era qualificado como homicídio conjugal. Com a promulgação da lei 13.104/2015, crimes dessa natureza passaram a ser classificadas como circunstâncias qualificadoras para o crime de homicídio e, por conseguinte, enquadrada na lei do feminicídio.

A batalha contra o feminicídio não deve ser uma razão única dos movimentos feministas, mas igualmente do judiciário e de toda a sociedade, já que o crime pode ocorrer em todos os ambientes e contextos socioeconômicos, e, por conseguinte, todos estão vulneráveis. Vale dizer, que não é pedido o reconhecimento do feminicídio como um tipo de crime superior a outros praticados no Brasil, contudo o gênero feminino acaba ficando exposto a um encadeamento de diversos tipos de violência presentes em nossa sociedade, impactando todas significativamente, o que sugere a grande importância de um julgamento justo.

A luta dessas mulheres por direitos, igualdade de gênero e extinção da violência contra seu gênero, baseou-se na ciência das leis e julgamentos para a conquista e execução jurídica. Para isso, tem-se o direito penal, que se coloca na sociedade como subsidiário em relação a outros ramos do direito, proporcionando

ser o último meio para solucionar conflitos que abrangem bens jurídicos de maior importância.

A necessitar do caso concreto, o feminicídio, mesmo ainda sem esse nome, poderia ser enquadrado como sendo homicídio qualificado por motivo torpe (Inciso I do § 2º do Artigo 121º) ou fútil (Inciso II) ou, ainda, em virtude da dificuldade da vítima de se defender (Inciso IV). Entretanto, não existia a previsão de uma pena maior para o fato de o crime ser cometido contra a mulher por razões de gênero, tirando a caracterização desse crime.

Por isso, o presente artigo tem como objetivo principal caracterizar os direitos e garantias que as mulheres possuem em um país regido pela cultura patriarcal. Além disso, apontar o papel do Estado na aplicação dos direitos relacionados ao respeito e igualdade de gênero, abordando a criação da Lei 13.104/2015, que altera o Código Penal por causa da busca por tipificar o feminicídio como crime hediondo, uma qualificadora do crime de homicídio praticado contra mulheres em razão de ser do sexo feminino.

A metodologia abordada para se alcançar os objetivos propostos foi o método qualitativo, no qual os dados utilizados foram buscados através de pesquisas bibliográficas, doutrinas e jurisprudências, destacando a criação de normas e pontuando a importância dessas leis criadas com o intuito de combater a violência doméstica e familiar.

Por fim, percebe-se a ausência de sonoridade e o quão invisível se torna a aplicação das penalidades dos crimes contra as mulheres, devendo o Estado retirar os rótulos impostos sobre o gênero feminino. Para isso, tem-se que inserir na própria sociedade a mentalidade de que as mulheres devem ser tratadas com igualdade e justiça na mesma proporção que os homens são tratados, alcançando a igualdade de gêneros.

2 SINOPSE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DESIGUALDADE DOS SEXOS

A busca pela igualdade de gênero é de certa forma impedida pela cultura patriarcal a qual se tornou fortemente estabelecida em nosso país, ocasionada pela sua relação com a cultura machista e sexista existente no Brasil. Com isso, diversas mulheres se tornaram vítimas da violência doméstica, tanto por meio de relacionamento, héteros ou homossexuais femininas, quanto entre familiares (pais e filhas).

Essas descrenças foram retratadas pela sociedade em âmbito mundial, por consequência, reafirmando que a violência contra a mulher transcorre da herança patriarcal, ficando impregnada nas relações entre homens e mulheres até a contemporaneidade.

Interessante salientar que é a própria sociedade que vem contribuindo para o aumento e a continuidade da discriminação e superioridade do sexo masculino sobre o feminino. Nesse ponto, importante frisar o posicionamento de Catussi (2015, p. 2):

“A violência contra a mulher é decorrente da própria sociedade, ou seja, surge da cultura patriarcal da sociedade, em outras palavras, denominada de machismo, onde o homem pensa ter propriedade sobre o corpo da mulher e dessa maneira acham (sic) que tem o direito de impor suas vontades às mulheres. O patriarcado tem como característica a dominação do sexo feminino pelo masculino, marcada pelo emprego de violência física ou psíquica.”

Segundo Almeida (2015, p. 27), durante o século XVIII, as mulheres migraram do trabalho doméstico para o fabril, de forma precária, no entanto, os salários eram inferiores, fato que aumentou a discrepância entre as relações trabalhistas dos gêneros, ou seja, aumentando a desigualdade entre os gêneros. Corroborando essa ideia, tem-se o capitalismo e a revolução industrial como causadores desse processo (ARAÚJO, 2015), fazendo com que a partir disso surgissem os movimentos feministas que reivindicavam inúmeras mudanças sociais.

Coutinho (2004, p. 21-22) expõe que “[...] nos primeiros anos da Revolução Francesa, um verdadeiro movimento feminista desenvolveu-se, e não um simples movimento de ideais favoráveis à melhoria da condição da mulher”. Ainda sobre o tema, Porto (2007, p. 16) menciona que, “[...] as revoluções liberais, não obstante contarem com efetivo apoio do gênero feminino, não dividiram igualmente as conquistas de direitos, ficando os homens evidentemente melhor beneficiados”. Vê-se, com isso, que apesar das mulheres participarem ativamente da busca pelos direitos, ficaram despidas dos seus.

Contudo, no decorrer do século XX, esse cenário foi mudando em virtude dos movimentos feministas ainda mais incisivos, o que permitiu que as mulheres conseguissem alguns direitos permitidos que antes eram exclusivos dos homens.

2.1 DESIGUALDADE DE GÊNERO

A princípio, é indispensável esclarecer o significado de desigualdade de gênero o qual não pode ser confundido com o conceito de desigualdade entre sexos. No momento em que se emprega o termo sexo, pensa-se mais nas diferenças físicas entre homens e mulheres, desta forma, o termo gênero se mostra mais adequado. Isso se dá, pois permite falar sobre homens e mulheres fora do determinismo biológico, ainda levando-se em consideração que a maior parte das diferenças existentes entre os sexos não são devidas a aspectos biológicos, mas consequências da construção social (RITT; COSTA; CAGLIARI, 2015, p. 8).

Em conformidade com o Dicionário Informal, em uma de suas definições, gênero é “a diferença entre homens e mulheres que, construída socialmente, pode variar segundo a cultura, determinando o papel social atribuído ao homem e à mulher e às suas identidades sexuais”. Deste modo, há a confirmação de que o emprego desse termo é o mais correto a ser utilizado, visto que seu conceito é muito mais extenso do que a distinção sexual.

Nesse sentido, ensina Scott (2015, p. 75-76):

“[...] o termo “gênero” também é utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. Seu uso rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a força para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo “gênero” torna-se uma forma de indicar “construções culturais” — a criação inteiramente social de ideias [sic] sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. Trata-se de uma forma de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e mulheres. “Gênero” é, segundo esta definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado. [...] O uso de “gênero” enfatiza todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas não é diretamente determinado pelo sexo, nem determina diretamente a sexualidade.”

Evidentemente, há diversas definições que culminam na não existência de um conceito específico e concreto a respeito do que vem a ser gênero, ficando conhecido como simples termo de distinção dos papéis imputados aos homens e as mulheres de uma sociedade, transformando a diferença biológica tão somente o estopim para essa desigualdade.

A desigualdade de gênero é socialmente um fato que cria dissensão entre homens e mulheres que objetiva a supremacia do sexo masculino e sujeição do sexo feminino, mostrando sobretudo ser uma questão de poder. São séculos de preconceitos e patriarcado que criaram uma desigualdade de poder entre homens e mulheres nas corporações, no sistema político e na nossa economia, ou seja, em todos os setores da sociedade.

Isso pode ser visto a partir da exclusão de mulheres do alto escalão político, premiações e autoridades, e, quando estão, sofrem assédio em seus ambientes de trabalho, são ameaçadas e abusadas. Ademais, a dessemelhança salarial entre homens e mulheres sempre foi visto como discriminação e diminuição da capacidade feminina.

Além disso, ao longo dos séculos, mulheres e meninas sofrem por “tabus”, sendo ridicularizadas, taxadas de histéricas, julgadas diariamente por sua aparência, confrontadas pelo machismo e na maioria das vezes culpadas por serem as vítimas. Tudo isso se tornou um enorme obstáculo para solucionar muitos dos desafios e ameaças que mulheres vem sofrendo, afetando profundamente a todos nós. É hora de mudar o pensamento coletivo em vez de ficar tentando encaixar as mulheres em padrões cada vez mais inalcançáveis, é o sistema que impede as mulheres de alcançarem seu potencial.

3 A LEI MARIA DA PENHA ENQUANTO CONQUISTA DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS

MARIA DA PENHA - A LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006

Até a sanção da Lei nº 11.340/2006, o percurso doloroso vivenciado por Maria da Penha Fernandes remonta ao ano de 1983, quando, enquanto dormia, foi atingida por um tiro de espingarda desferido pelo então marido, entretanto suportou as lesões que a deixaram paraplégica; mais tarde, naquele mesmo ano, ela sofreria sua segunda tentativa de homicídio, desta vez recebeu uma descarga elétrica enquanto se banhava, quando então decidiu realizar uma denúncia pública. Tais fatos são o resultado de uma relação conturbada, marcada por agressões, cuja agressividade a impedia, por medo, de ter qualquer iniciativa que visasse à separação. (CUNHA; PINTO, 2015, p. 33).

As principais características da Lei Maria da Penha são: a proteção às mulheres e seus familiares, a punição dos agressores e prevenção da violência doméstica e familiar, tudo através de políticas públicas e mudanças constantes na legislação. Desta forma, a legislação requer, segundo Pasinato (2016, p. 156):

"[...] que governos e instituições de justiça se adaptem para acolher as novas atribuições e competências correspondentes às medidas previstas, a partir de uma abordagem integral e articulada com a perspectiva de gênero, ou seja, deslocando as mulheres para o centro das atenções, ao reconhecê-las como sujeitos de direitos protegidos pela lei, e aplicando de forma equilibrada e de acordo com as especificidades de cada caso as medidas que responsabilizem o(a)s autore(a)s da violência e permitam às mulheres superar a situação em que se encontram, para que possam reconstruir ou constituir novas relações numa vida sem violência."

Igualmente é indispensável examinar os tipos de violência doméstica que a lei relaciona em seu art. 7º, sendo elas as violências: físicas, psicológicas, sexuais, patrimoniais e morais. Ressalva-se, como dito anteriormente, que no texto legal há a expressão "entre outras", tornando tal relação extensa, porém não exaustiva, de forma que outras condutas podem se enquadrar nesse contexto. (SOUZA, 2008, p. 55).

Afirmam Simoni e Cruz (2011, p. 189):

"De outra parte, o conceito de comunidade familiar proposta pela Lei é amplo. Nele estão abarcados maridos, companheiros, namorados, amantes, filhos, pais, padrastos, irmãos, cunhados, tios e avós (com vínculos de consanguinidade [sic], de afinidade ou por vontade expressa). Este conceito abrange uma variedade de laços de pertencimento no âmbito doméstico."

Aqui no Brasil, a Lei Maria da Penha é exemplo de grande conquista das mulheres que vivem em situação de vulnerabilidade e que buscam acabar com a violência doméstica sofrida dentro de seus lares, em especial por seus maridos ou companheiros. Por isso, ela é de suma importância, pois foi criada para coibir as constantes violências sofridas por mulheres, já que até hoje vivemos em uma sociedade machista onde a figura do homem é colocado como o centro de todas as coisas.

A Lei Maria da Penha, segundo Souza (2008, p. 13) é descrita como uma "[...] ousada proposta de mudança cultural e jurídica na busca da erradicação da recorrente violência praticada principalmente por homens contra mulheres com quem mantêm vínculos afetivos". A partir dela, foi possível garantir a proteção legal a mulheres contra todo e qualquer tipo de violência doméstica, incluindo física,

psicológica, moral ou patrimonial e se aplica também a violência doméstica entre casais homoafetivos.

A lei trouxe consigo alterações benéficas, castigando o agressor de uma forma mais dura, eliminando penas alternativas, ou seja, a possibilidade do pagamento de cestas básicas ou pequenas multas. E ainda assegura que os agressores que cometam atos de violência doméstica sejam presos em flagrante ou tenham prisão preventiva decretada, possibilitando a diminuição dos delitos domésticos contra as mulheres gradativamente desde a sanção.

Apesar dos diversos tipos de agressão, a violência contra a mulher está diretamente relacionada com a violência doméstica, sendo essa a maior causadora de denúncias e mais ocorrente. Por isso, a própria lei, em seu art. 5º, definiu acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher, como: "Configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial." (BRASIL, 2006).

Uma grande mudança trazida por ela foi o aumento das denúncias e a gravidade destas, resultando em uma procura maior pelas instituições, principalmente, as delegacias de polícia e o poder judiciário. A lei teve acolhimento pela população e foi compreendida como um direito conquistado pelas mulheres.

Essas mulheres que estão vivenciando esses relacionamentos abusivos, não podem ser responsabilizadas por tal violência. Muitas têm sua intimidade violada e são expostas entre seus parceiros. Por causa disso, a lei Maria da Penha sofreu várias alterações ao longo dos seus quase dezenove anos, muitas mudanças foram feitas para melhorar os mecanismos de defesas, em busca de melhor atender a mulher vítima de violência doméstica.

Em 2017 foi criada a Lei 13.505/17 que trata do atendimento policial. A lei agregou dispositivos à Lei Maria da Penha, estabelecendo que as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, preferencialmente fossem atendidas por policiais e peritas mulheres, evitando assim que elas passassem por maior constrangimento na presença do sexo masculino.

Em 2018, fora criada a Lei 13.641/18 pelo então Presidente Michel Temer, alterando o Art. 1º da LMP, tipificando o crime de descumprimento das medidas protetivas de urgência. Acrescentando no Art. 2º da referida Lei, o parágrafo 24-A. Que diz:

“Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.”

Ainda, no final de 2018, a Lei passou por nova alteração, editando a Lei nº 13.772/18, que trata sobre a intimidade da mulher, reconhecendo a violação da intimidade da mulher como violência doméstica e familiar, criminalizando o registro de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual.

A norma alterou também o Código Penal dispendo: *“produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes”* é crime passível de pena de detenção de seis meses a um ano e multa.

As mudanças mais recentes foram sancionadas pelo então atual Presidente da República Jair Bolsonaro, criando mais duas novas leis que alteram a LMP. A primeira Lei é de nº 13.827/19, criada em maio de 2018, na qual autoriza em determinadas hipóteses, a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade judicial ou policial, sendo elas em caso de violência doméstica ou familiar, à mulher vítima de violência ou a seus dependentes. A lei também autoriza que o registro de medidas protetivas seja feito no banco de dados protegido pelo CNJ.

No mês seguinte, em junho foi aprovada a Lei 13.836/19, alterando o Art. 12, tornando obrigatória a informação do estado de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar.

Existem leis estaduais pelas quais o estado proíbe a nomeação no âmbito da administração pública direta e indireta de pessoas que cometeram delitos previstos na Lei Maria da Penha.

Ainda, merece destaque a aprovação recente da Lei nº. 13.104/2015, que instituiu o crime de feminicídio no Brasil, a partir do acréscimo da qualificadora do

art. 121, § 2º, VI, no Código Penal. Dessa forma, o crime de homicídio recebe nova qualificadora quando cometido contra mulheres: “contra a mulher por razões da condição do sexo feminino”.

O preconceito e a discriminação existem até hoje, em decorrência do sistema patriarcal. As maiores ocorrências de violências contra as mulheres decorrem das relações conjugais. Neste seguimento, Oliveira (2017, p. 641) assegura que “As mudanças operadas pela Lei Maria da Penha e sua perspectiva feminista têm gerado resistências cotidianas, especialmente partindo das interpretações judiciais nos pontos de tensão entre o feminismo e a perspectiva neutra/androcêntrica do direito”

Desse modo, conclui que a Lei Maria da Penha criou vários mecanismos que busca proteger a mulher principalmente dentro do convívio familiar e de forma mais relevante nas relações conjugais. E que a partir dela muitas outras leis foram sancionadas para dar maior proteção a essas mulheres vítimas de violência, e coibir ainda mais os agressores.

3.1 CICLOS DE VIOLÊNCIA

Infelizmente, mesmo com todos os avanços a respeito da igualdade de gênero, o homem ainda se sente como dono da mulher como se ela fosse objeto, e a sociedade acaba por proteger esta superioridade, ensinando desde que eles são crianças a não chorar, não levar desaforos para casa, não ser “mulherzinha”, por isso, é com estes incentivos que recebem desde a infância que os homens se acham no direito de fazer o uso da força física sobre as mulheres. (DIAS, 2010, p.19).

Conforme a mesma autora (DIAS, 2010, p.19):

“[...] a violência doméstica é o germe da violência que está assustando todos. Quem vivencia a violência – muitas vezes até antes de nascer e durante toda a infância – só pode achar natural o uso da força física. Também a impotência da vítima – que não consegue ver o agressor punido – gera, nos filhos, a consciência de que a violência é um fato natural. (...) a crença na impunidade, além do temor, faz com que muitas mulheres não denunciem a violência de que são vítimas. (...) É difícil “denunciar” alguém que reside sob o mesmo teto, pessoa com quem se tem um vínculo afetivo e filhos em comum e que, não é raro, é o responsável pela subsistência da família.”

Uma vez que não contida, a violência doméstica torna-se um ciclo, por isso é essencial pensar em vários contextos relacionados a isso, como nas crianças que crescem nesse tipo de ambiente e levam sequelas psicológicas para o resto de suas vidas, passando a também a possuir esse tipo de comportamento.

Na maioria de relatos e denúncias, essas crianças presenciam o pai beber todos os dias, chegando em casa embriagado e agredindo suas mães. Com isso, essas mulheres passam a sofrer diariamente violência psicológica e emocional, sua autoestima é destruída por esses companheiros. Os filhos crescem com medo, tornando-se também agressivos uns com os outros, pois suas ideias acerca de família são distorcidas. As meninas passam a achar que sempre terão que ser submissas ao gênero masculino, enquanto os meninos irão crescer acreditando que quem manda é o homem.

A violência doméstica torna-se tão repetitiva, que os filhos que serão futuros esposos e futuras esposas, passarão a creditar que a vida deles serão iguais aos dos seus pais, pois estes são os maiores responsáveis pela formação do caráter de seus filhos. É neles que os pequenos crescem se espelhando, muitos dizem: "quando eu crescer quero ser igual ao meu pai, ou igual a minha mãe", salientando o seu papel de proteger, educar e dar bons exemplos aos seus filhos. Contudo, por terem uma desestruturação familiar pautada na violência, dificulta a mudança nesse padrão de comportamento.

Esse ciclo da violência é perverso. Em um primeiro momento, ocorre o silêncio da vítima e a indiferença para a situação, logo depois a violência psicológica se transforma em violência física e a vítima passa a procurar explicações em si para as atitudes do parceiro. No que depender do homem, a culpa sempre será da mulher, e dado ao medo que possui acaba perdoando a atitude do companheiro, porém com isso apenas abre mais espaço para que a violência continue. (DIAS, 2010, p. 23-24).

A falta de coragem da maioria dessas mulheres, de denunciar seus agressores, as tornam suscetíveis ao aumento da violência. Muitas delas carregam feridas que jamais cicatrizarão. A psicóloga norte americana Lenore Walker identificou que as agressões cometidas em um contexto conjugal sucedem dentro de um ciclo que é constantemente repetido.

A fase 1 é chamada de Aumento da tensão, é quando o agressor mostra-se tenso e irritado por coisas insignificantes, chegando a ter acessos de raiva. Ele também humilha a vítima, faz ameaças e destrói objetos. A mulher tenta acalmar o agressor, fica aflita e evita qualquer conduta que possa "provocá-lo". As sensações são muitas: tristeza, angústia, ansiedade, medo e desilusão são apenas algumas.

Em geral, nesse primeiro momento, a vítima tende a negar que isso está acontecendo com ela, esconde os fatos das demais pessoas e, muitas vezes, acha que fez algo de errado para justificar o comportamento violento do agressor ou que “ele teve um dia ruim no trabalho”, por exemplo. Essa tensão pode durar dias ou anos, mas como ela aumenta cada vez mais, é muito provável que a situação levará à Fase 2.

Já a fase 2 é chamada de Ato de violência, correspondendo à explosão do agressor, ou seja, a falta de controle chega ao limite e leva ao ato violento. Aqui, toda a tensão acumulada na fase 1 se materializa em violência verbal, física, psicológica, moral ou patrimonial. Mesmo tendo consciência de que o agressor está fora de controle e tem um poder destrutivo grande em relação à sua vida, o sentimento da mulher é de paralisia e impossibilidade de reação.

Nesse momento, ela sofre de uma tensão psicológica severa, caracterizada por insônia, perda de peso, fadiga constante, ansiedade, sente medo, ódio, solidão, pena de si mesma, vergonha, confusão e dor. Ela também pode tomar decisões, sendo as mais comuns: buscar ajuda, denunciar, esconder-se na casa de amigos e parentes, pedir separação e até mesmo suicidar-se. Geralmente, há distanciamento do agressor.

Por fim, a fase 3 chama-se Arrependimento e comportamento carinhoso, também conhecida como “lua de mel”, esta fase é marcada pelo arrependimento do agressor, que se torna amável para conseguir a reconciliação. A mulher se sente confusa e pressionada a manter o seu relacionamento diante da sociedade, sobretudo quando o casal tem filhos. Em outras palavras: ela abre mão de seus direitos e recursos, enquanto ele diz que “vai mudar”.

Há um período relativamente calmo, em que a mulher se sente feliz por constatar os esforços e as mudanças de atitude, lembrando também os momentos bons que tiveram juntos. Como há a demonstração de remorso, ela se sente responsável por ele, o que estreita a relação de dependência entre vítima e agressor. Um misto de medo, confusão, culpa e ilusão fazem parte dos sentimentos da mulher. Por fim, a tensão volta e, com ela, as agressões da Fase 1.

Com o passar do tempo, os intervalos entre uma fase e outra ficam menores, e as agressões passam a acontecer sem obedecer à ordem das fases. Em alguns casos, o ciclo da violência termina com o feminicídio, que é o assassinato da vítima. Na maioria das vezes a vítima se silencia diante da violência e com isso o agressor não se sente culpado pelos seus atos.

4 FEMINICIDIO

O termo feminicídio não é muito conhecido pela população, portanto, defini-lo é de suma importância para levar adiante a temática de buscar por igualdade de gênero.

A primeira pessoa a citar a palavra feminicídio foi a feminista Diana Russell no Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, em Bruxelas. A expressão foi referida para definir toda forma de crime e opressão sexual contra mulheres, abordando o fato de que homens causavam a morte odiosa de mulheres, segundo ela (Russell, 1976):

“A partir da queima de bruxas no passado, para o mais recente costume generalizado do infanticídio feminino em muitas sociedades, com o assassinato de mulheres para os chamados ‘direitos a honra’, percebemos que o feminicídio vem acontecendo há muito tempo.”

Com o passar do tempo, a expressão feminicídio foi sendo aprofundada, passando a ter o significado de assassinato de “femininas” causado por homens pelo simples fato de serem “femininas”, em outras palavras, é o homicídio de mulheres pelo simples fato de serem mulheres. Diana Russell usa do termo feminina, para deixar claro que sua aclaração engloba também as crianças femininas e idosas femininas.

Pasinato (p. 231), expõem que as mulheres não devem ser vistas na sociedade apenas na forma de sujeitos passivos, fazendo com que não estejam incluídas como membro daquela sociedade, devendo elas terem participação passiva em todos os processos, principalmente, os de suas lutas. Com isso, vê-se a importância de uma mulher como Diana Russell ser pioneira em mais uma busca por igualdade.

Com a criação da Lei 13.104/2015, a legislação assegura penalidades mais graves para homicídios que se encaixam na definição de feminicídio, ou seja, que envolvam “violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Para que o termo “Femicídio” pudesse ser usado como qualificadora do crime de homicídio, com a Lei nº 13.104/2015, teve todo um processo histórico de combate à violência contra a mulher em nosso país. Decretada para incluir no Código Penal, como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, colocando o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Uma vez que antes não existia nenhum tipo de punição específica para os homicídios interpretados contra mulheres em razão de seu gênero.

Para o crime ser classificado como feminicídio, tem que se ajustar em tipos de casos: Violência doméstica e familiar, assassinato, estupro, entre outros. O primeiro refere-se quando o crime é praticado por um familiar da vítima ou que já havia mantido algum tipo de laço afetivo com ela, sendo o mais comum no Brasil, ao oposto de outros países da América Latina, onde a violência contra a mulher é cometida por desconhecidos, normalmente com a presença de violência sexual.

A criação da Lei 13.104/15 veio através de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI-VCM), que, entre março de 2012 e julho de 2013, investigou a violência contra as mulheres nos entes da federação, promovendo meios para impedir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Conforme o § 8º do art. 226 da Constituição Federal, há a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e a convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher, que salienta sobre a necessidade da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, utilizando o Código Penal e a Lei de Execução Penal e tomando outras providências.

Tal artigo da lei, "Trata de uma qualificadora de natureza subjetiva, na medida em que diz respeito aos motivos determinantes do crime". (CAPEZ, F., p. 253, 2016) e é referenciada para a criação da lei do feminicídio, pois coloca a família como base da sociedade e tendo direito de especial proteção do Estado, o que pode ser visto também no § 8º: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

O Estado assegura a assistência a família, mas a violência contra as mulheres continua acontecendo, uma vez que a mulher não quer a dissolução da família, pois tudo o que ela almeja e que se finde a violência. Muitas vezes, essas mulheres se submetem a conviver com a violência, porque não querem ver seus agressores presos, muitas vezes aceitando-os novamente quando saem da prisão.

O Mecanismo criado para coibir essa violência não tem eficácia dentro de um lar. A maioria das mulheres se tornam dependentes psicologicamente de seus companheiros, não conseguindo se separar e nem dar um basta nas violências. Além disso, muitas não têm uma profissão, não trabalham, e não saberiam viver e sustentar a família sozinhas. Portanto, cabe ao Estado não somente proteger da violência física, mas do desamparo causado pela separação.

Para isso, a criação de políticas educacionais seria a melhor forma de levar para essas famílias a modificação que tanto almejam, pois estaria alertando e encorajando toda a família contra a violência. Ademais, o conhecimento de uma profissão para a mulher a partir do oferecimento de cursos e empregos para essas mulheres que estiverem desempregadas.

Para concretizar a mudança, os homens devem ser orientados e tratados contra a agressão de mulheres, a partir de campanhas midiáticas por meio da televisão, celular, internet, com políticas educacionais que promovam o conhecimento da igualdade entre os gêneros, podendo impactar toda a sociedade, salientando que a desigualdade só leva a violência e que papel da mulher na sociedade pode ser o mesmo que o dos homens.

4.1 ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS ACERCA DA LEI Nº 13.104/2015 (FEMINICÍDIO)

O assassinato de mulheres em razão de seu gênero, conforme a doutrina o feminicídio se subdivide em três tipos: feminicídio Íntimo, quando há um vínculo afetivo ou de parentesco entre agressor e vítima; Feminicídio por conexão no qual abrange a situação em que uma pessoa do gênero feminino é morta por um homem ao tentar interferir a morte de outra mulher, e por último o feminicídio não íntimo, em que não há vínculo de afeto ou parentesco entre o agressor e a vítima, mas é caracterizado como crime por estar dentro dos tramites estabelecidos e é afirmado como crime estipulado. (ROMERO, 2014).

Ao se tratar de homicídios em desfavor ao gênero feminino, percebe-se que não se dá da mesma forma e pelos mesmos pressupostos de como acontece nos assassinatos de homens. Sendo os homens que assassinam, motivados por relações doentias de poder e de posse pelo corpo da mulher. Ao ver superficial, embora bem contundente, possa ser caracterizado um crime "democrático", pois escolhe o gênero da vítima, pautando-se na dificuldade de respeito a outro ser humano.

Perante o respectivo ponto de vista legalista, predomina mencionar a Convenção Interamericana para prevenir, erradicar e punir a violência contra a mulher, promulgada pelo Decreto 1.973 (1º de agosto de 1996), com o objetivo de incluir no Código Penal uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, incluindo o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Sendo que não existia antes nenhum tipo de punição específica para os homicídios interpretados contra mulheres em razão de seu gênero.

No § 2º, foi inserido tal preceito explicativo da expressão "razões da condição de sexo feminino", especificando que acontecerá em duas determinadas

hipóteses: violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A referida lei adicionou o §7º ao Artigo 121º do CP concernindo circunstâncias do aumento de pena para o crime.

Tal aumento de pena será de 1/3 até a metade se for praticado em algumas situações, como na gravidez ou nos 03 meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência e na presença de ascendente ou descendente da vítima

Segundo Fernando Capez (2011, p. 19) "A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos." E o autor diz ainda:

"O direito penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessários à sua correta e justa aplicação".

O Brasil atravessa por uma fase em que as Leis Penais de cunho representativo simbólico estão sendo elaboradas pelo legislador infraconstitucional. Tais Leis de acordo com Capez (2010, p. 19), "tem uma determinada carga moral forte e emocional, obtendo-se uma demonstração intenção pelo Governo tendo um legislador infundindo na sociedade". Assim, o dizer que ele concebe a rigorosidade do julgamento, faz com que acabe findando por ser ineficaz na prática, trazendo triviais símbolos de inflexibilidades excessivas que decai no vazio.

Decorre que a nova lei, controla a violência contra as mulheres transmitindo, conduzindo e preocupando-se em sanar ou remediar a vontade de um público eminente, que tem anseio, vontade e cobiça por leis mais severas e benéficas a essa situação de cujo predominante na realidade do social e pena com mais rigor e severidade punitiva (GOMES, 2015).

Em 1980, esse acontecimento ganhou nitidez no meio social, por intermédio da organização política dos grupos feministas que começaram a reivindicar o reconhecimento dos direitos das mulheres e políticas públicas de justiça de gênero (ACOSTA, 2015).

Ainda suscita controvérsias e discussões a respeito da referida lei, pela abrangência da atitude violenta como transgressão não seria o trâmite capaz para abrandar ou o banimento deste fato da existência social (GOMES, 2015). Os aspectos jurídicos são inerentes a toda trajetória da violência sofrida por parte da mulher e toda contextualização que cada jurídico tem acerca da lei sancionada em 2015. Tendo-se vários questionamentos e posicionamentos em razão da proferida lei.

Contudo, os questionamentos que se encontram em torno da legislação, a criminalização e a responsabilização do feminicídio são relevantes para uma representação jurídica e social, aludindo à luta por justiça de gênero, sendo um dos caminhos para a integração da igualdade entre as pessoas e da dignidade humana.

5 RELATOS DE EXPERIÊNCIAS DE MULHERES QUE SOFREM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

Raquel Gonçalves Dutra, 43 anos, divorciada, mãe de cinco filhos, sendo três filhas biológicas e dois filhos de criação, cursou apenas o ensino fundamental, após 3 anos separada do pai de suas filhas biológicas se viu numa situação de vulnerabilidade, na qual a crise econômica tomava conta de sua família.

O seguinte relato foi feito por mim, que sou irmã da Raquel:

“Devido aos seus problemas financeiros, se envolveu com um primo do seu ex-marido que era presidiário. Lembro-me como se fosse hoje, era final de ano, Raquel me convidou para passar o natal em sua casa, resolvemos ir até o local para dar felicitações natalinas. Ao adentrar a casa de Raquel, me deparei com um homem estranho e mau encarado, logo percebi que ele usava tornozeleira eletrônica. Fiquei um pouco constrangida de ficar lá por causa da presença daquele homem, uma vez que já sabia que ele estava preso por roubo seguido de morte. Em uma outra ocasião perguntei a ela o que ele fazia na casa dela, escutando como justificativa que ele era primo das filhas dela.

Meses depois, fiquei sabendo que ele havia quebrado a tornozeleira tornando-se foragido da justiça. Ele era considerado um bandido de alta periculosidade e procurado por vários crimes. Raquel passou a se envolver maritalmente com aquele indivíduo, ela alegava que ele era bom e que dava dinheiro para pagar o aluguel, as despesas da casa e também para comprar coisas para ela e seus filhos.

Com o passar do tempo, Raquel que morava de aluguel, foi morar em um conjunto habitacional construído pelo governo. Lá ela pagava uma pequena parcela de cinquenta reais pela casa que havia ganhado. Com o dinheiro que ela ganhava do

seu companheiro, ela construiu um muro bem alto e também construiu uma cozinha bem grande e uma área na casa nova. Poucas vezes fui visita-la, pois trabalhava de dia e estudava a noite, e também não me sentia confortável em saber que ela estava envolvida com um bandido.

Raquel tinha uma doença que não tem cura, mas com os remédios levava uma vida quase que normal, das últimas vezes que falei com ela, ela reclamava muito de dores de cabeças constantes. Raquel começou a cobrar do seu companheiro que ele mudasse de vida, pois ela sabia que ele prestava serviço ilícitos para várias pessoas, com o passar do tempo e inúmeras cobranças por parte dela, a vida dela ficou ameaçada por ele e também por certa individua que Raquel conhecia e sabia que ele fazia serviço sujo para ela. Mas Raquel jamais acreditou que aquele homem pudesse tirar a vida dela, porque ele dizia que a amava.

No dia 21 de maio de 2016, era um sábado, liguei para Raquel e chamei ela para irmos no sitio da minha irmã, pedi que ela fosse comigo, pois eu iria de moto e precisaria de alguém para segurar minha filha que era bem pequena na época. Raquel disse ao telefone que não poderia ir, pois estava com muita enxaqueca e não estava suportando barulhos, então me despedi dela e fui junto com outra irmã e minhas filhas para o sitio, lá estavam minha irmã junto com seu esposo, seus filhos e minha mãe. Quando foi no domingo bem cedinho, recebo uma ligação do meu esposo dizendo que tinha uma notícia ruim e que era pra eu ficar calma e saber passar a notícia para minha mãe que é idosa. Meu coração disparou e comecei a tremer antes que ele me desse a notícia, então ele falou que minha irmã Raquel havia levado um tiro na cabeça e que estava entre a vida e a morte, e que seria levada para o hospital de Cacoal assim que chegasse uma ambulância. Quase morri do coração, tentei me controlar e segurar a emoção para dar aquela trágica notícia para minha mãe e minhas irmãs. Ninguém segurou a emoção, minha irmã desmaiou e minha mãe ficou paralisada, em seguida dei um jeito de arrumar um carro para nos trazer para a cidade. Antes de chegarmos ao hospital, meu esposo ligou dizendo que ela não iria mais para Cacoal, que já não dava mais tempo. Dali pude notar que ela havia morrido.

Ao chegarmos no hospital, estavam lá meu esposo, as filhas dela e minhas outras irmãs, logo nos deram a notícia que ela havia falecido. Pedi para vê-la, e minha mãe quis ir junto, antes o médico teve que dar remédio de pressão para ela, pois estava muito alta sua pressão. Pedi a ela que ficasse forte, se não, não deixariam a gente ver o corpo da minha irmã. E lá fomos nós, pelo corredor frio e longo do hospital, o coração não cabia na boca, a vontade era de gritar e sair correndo, mas pensei muito na minha mãe e fingi que estava bem. De longe avistamos um corpo enrolado em um lençol branco, em cima de uma pedra no corredor do hospital, lá

estava minha irmã Raquel enrolada como um objeto, largado naquele corredor, pedi ao moço que se aproximou para vê-la, ele respondeu, vocês tem certeza que querem ver, minha mãe respondeu claro que quero ver minha filha. Quando ele desenrolou o lençol, foi uma visão muito impactante e assustadora, pois eles haviam raspado todo o cabelo dela, e vi aquele crânio com um buraco acima da testa, parecia um papel, branco e sem sangue nenhum. Causa da morte (choque hipovolêmico causado por hemorragia que provoca a perda excessiva de sangue, podendo acontecer devido a feridas ou cortes muito profundos).

Nesse momento não consegui segurar a emoção e desmoronei. Raquel havia levado um tiro na cabeça as 5hs da manhã, o assassino entrou em sua casa enquanto ela dormia, e atirou na cabeça dela, ao ver que ela não teve morte súbita, ele esperou até amanhecer o dia para se certificar que ela morreria de hemorragia e então não falaria a ninguém que foi ele quem atirou nela. Fiquei imaginando a agonia, o sofrimento dela, com partes do cérebro em seu rosto, sua boca e agonizando, pedindo pro socorro enquanto ele estava lá, esperando-a morrer. Quando amanheceu o dia e ele percebeu que ela estava viva, ou respirando ainda, decidi ligar para as filhas dela, na ligação ele falou, chama o bombeiro e vem aqui que a sua mãe tentou se matar.

Nisso minhas sobrinhas foram para lá, e ele tratou de fugir, levando a bolsa dela, com dinheiro, relógio, corrente de ouro e o celular dela. As meninas acreditaram que iam chegar lá e encontrar a mãe com um tiro no braço ou na perna, mas infelizmente ao chegarem lá se deparam com mãe agonizando, tentando respirar e se engasgando com sangue e pedaços da massa encefálica, imagino ter sido a cena mais triste da vida delas, e os bombeiros demoram cerca de quase duas horas para chegarem, pois eles achavam que era trote, por se tratar de uma bairro com muitas ocorrências policiais. Ele fugiu, e ela não teve a chance alguma de sobreviver, uma vez que perdeu todo o sangue do corpo. O assassino foi preso um mês depois, escondido em uma fazenda no Mato Grosso, até hoje cumpre pena em regime fechado aqui em Ji-Paraná, mas não foi condenado pela morte dela ainda, está cumprindo pena por outros assassinatos cometidos antes do dela.

A vida nunca mais foi a mesma para nós, minha mãe que já era hipertensa, adquiriu diabetes emocional causada pelo trauma, e hoje toma insulina duas vezes ao dia, a tristeza ficou estampada em seu rosto, marcas que não se apagam jamais.

É com muita dor e tristeza que relato o crime de feminicídio da minha irmã, e sei que muitas mulheres são assassinas e que na maioria das vezes seus crimes ficam impunes. Por fim, quero deixar expresso aqui o meu sentimento de profunda

tristeza e indignação a esses agressores, que ao mesmo tempo que falam eu te amo, também são capazes de brutalmente assassinar suas esposas ou companheiras.”

6 CONCLUSÃO

O presente artigo, escolhido como trabalho de conclusão de curso, teve como objetivo expor a luta das mulheres pela igualdade de gênero, desse modo, colocando um fim nas violências sofridas por elas no decorrer de toda a história da humanidade.

Ao longo dos séculos, pode-se observar que as mulheres foram obrigadas desde crianças a acreditarem que o seu papel seria o de submissão. Fazendo com que a busca pela igualdade de gênero fosse impedida pela cultura patriarcal, imposta por uma sociedade machista. Às mulheres, só cabiam os afazeres domésticos e o cuidado com os filhos.

Com o tempo, a violência praticada contra a mulher tomou uma enorme proporção, materializando-se por meio de estupros, assassinatos, agressões físicas e morais, jogos de manipulação e palavra cruéis, ferindo-a profundamente física e psicologicamente. Muitas são mortas perversamente pelas mãos de seus agressores, quando não, tentam suicídio por se sentirem desamparadas, humilhadas e expostas sem perspectivas positivas.

No decorrer do estudo, nota-se nos posicionamentos de vários doutrinadores e juristas, que as mulheres estão progressivamente conquistando seu espaço. Como exemplo, tem-se a Lei Maria da Penha, que foi um marco no reconhecimento pelas atrocidades cometidas contra a mulher.

Além disso há a Lei do Feminicídio, que alterou o código Penal Brasileiro, fazendo com que esse tipo de violência entrasse para o rol dos crimes hediondos e qualificando-o como o maior crime contra a vida, que é o homicídio. Tal Lei trouxe um grande avanço para a sociedade, elencando no Art. 21, VI, do Código Penal Brasileiro, de crime praticado “contra a mulher por razão da condição de sexo feminino”.

Vale ressaltar que tanto criação da Lei Maria da Penha, bem como, a Lei do Feminicídio, é de fundamental importância para que o Poder Público engaja-se na luta pela erradicação da violência e o extermínio de mulheres, criando cada vez mais políticas educacionais e endurecendo ainda mais as penalidades, na tentativa de pôr um fim as agressões e assassinatos dessas mulheres. E que se faça valer a Lei, consolidando os direitos humanos relacionados a dignidade da mulher.

REFERÊNCIA

ACOSTA, D. F. et.al. **Violência contra a mulher por parceiro íntimo:** (in) visibilidade do problema. Contexto Enfermagem, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 121127, jan./mar. 2015.

ALMEIDA, Cecília Beatriz Soares de. **A afirmação dos direitos da mulher e a efetividade jurídica nas relações familiares.** Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4849> Acesso em: 13 de mar. de 2020.

ARAÚJO, Francisca Socorro. **Feminismo.** Disponível em: <http://www.infoescola.com/sociologia/feminismo/>. Acesso em: 13 de mar. de 2020.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 26 de fev. de 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 26 de fev. de 2020.

BRASIL. **Lei nº. 13.3104, de 9 de março de 2015.** Para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 26 de fev. de 2020

BRASIL. **Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 de fev. de 2020.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 13.505, de 8 de novembro de 2017.** Para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado. Disponível em:

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/518892823/lei-13505-17> Acesso em: 7 de jun. de 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 13.641, de 3 de abril de 2018.** Para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em: 7 de jun. de 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 13.772, de 19 de dez de 2018.** para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13772.htm. Acesso em: 7 de jun. de 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 13.827, de 13 de mai. de 2019.** Altera a LMP, para autorizar a aplicação das medidas protetivas de urgência, pela autoridade judicial ou policial, e para determinar o registro das medidas em banco de dados mantido pelo CNJ. Disponível em:

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/708039396/lei-13827-19>. Acesso em: 7 de jun. de 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 13.836, de 04 de jun. de 2019.** Acrescenta dispositivo ao art. 12 da LMP, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13836.htm/. Acesso em: 7 de jun. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. 11. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Acesso em: 19 de mai. de 2020

CATUSSI, Stella Janaina Almeida. **A violência doméstica decorrente do modelo de sociedade patriarcal.** Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1342/1281>. Acesso em: 13 de mar. de 2020.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. **Direitos da filha e direitos fundamentais da mulher.** Curitiba: Juruá, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, I. S. Femicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. *Gênero & Direito*, Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, n. 1, p. 188-218, 2015.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. Feministas ressignificando o direito: desafios para aprovação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, fev. 2017, p. 616-650. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/27767>. Acesso em: 26 de fev. de 2020.

PASINATO, Wânia. **Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil**, p. 231 Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200008&script=sci_arttext> Acesso em 02 abr 2017.

PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 119-142.

PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RITT, Caroline Fockink; CAGLIARI, Cláudia Taís Siqueira; COSTA, Marli Marlene da. **Violência cometida contra a mulher compreendida como violência de gênero**. Disponível em: http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigo_violencidegenero. Acesso em 16 abr. de 2020.

ROMERO, T. I. Sociología y política del feminicidio: algunas claves interpretativas a partir de caso mexicano. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 373-400, mai. 2020.

USSEALL, Diana. **The Origin and Importance of The Term Femicide.** (tradução nossa) Disponível em: <http://www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html>. Acesso em: 4 de jun. 2020.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/SCOTTJoanGenero.pdf>. Acesso em: 16 abr. de 20120.

SIMIONI, Fabiane; CRUZ, Rúbia Abs. Da violência doméstica e familiar – artigo 5º. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 185-194.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher.** 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2008

WALKER, Lenore. **The battered woman.** New York: Harper and How, 1979. Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em 7 de jun. de 2020.

FEDERALISMO FISCAL: A PROBLEMÁTICA DA GUERRA FISCAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE UNANIMIDADE NAS VOTAÇÕES DO CONFAZ PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS

VANESSA MARIA LOPES MADEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará, Pós-Graduada em Direito Público e em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes. Analista ministerial – Especialidade: controle externo, exercendo o cargo em comissão de Assessor da Procuradoria do Ministério Público de Contas do Estado do Pará.

RESUMO: Este artigo trata do federalismo fiscal. Especificamente, 1. Ressalta a sua importância no cenário internacional; 2. Apresenta considerações gerais a seu respeito no Brasil, dando ênfase à guerra fiscal que envolve o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) e à inconstitucionalidade da exigência de unanimidade nas votações do CONFAZ para a concessão de benefícios fiscais; e 3. Analisa a Proposta de Súmula Vinculante n. 69 (PSV n. 69), bem como os avanços da Lei Complementar n. 160 de 2017 (LC n.160/17). Para tanto, faz uso de bibliografia científica autorizada dentro de uma abordagem própria às ciências humanas, a abordagem explicativo-compreensiva, na tentativa de explicar e compreender os aspectos lógicos e as questões valorativas do tema e dos objetivos indicados.

Palavras-chave: Federalismo Fiscal. ICMS. CONFAZ.

Sumário: 1 Introdução – 2 O federalismo fiscal no cenário internacional – 3 A guerra fiscal e o federalismo no Brasil; 3.1 A violação do princípio constitucional democrático; 3.2 A violação do princípio constitucional federativo; 3.3 A violação do princípios constitucional da razoabilidade – 4 A Proposta de Súmula Vinculante n. 69 (PSV n. 69) e a Lei Complementar n. 160/2017 (LC n. 160/2017) – 5 Conclusão – Referências

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno do federalismo fiscal costuma estar atrelado à dimensão geográfica do país (GIAMBIAGI; ALÉM, 2008), mas não se limita a isso, estando vinculado também a questões financeiras, econômicas, políticas e jurídicas (STIGLITZ,

1999). Em verdade, economias grandes, como o Brasil, convivem com duas predisposições de ordem complementar: “por um lado, o princípio da unidade do governo, associado ao desejo da integração; e, por outro, as tendências regionalistas, que devem ser reconhecidas, ainda que condicionadas ao respeito ao poder central” (GIAMBIAGI; ALÉM, 2008, p. 325).

Nesse contexto, o presente artigo trata do federalismo fiscal. Especificamente, 1. Ressalta a sua importância no cenário internacional; 2. Apresenta considerações gerais a seu respeito no Brasil, dando ênfase à guerra fiscal que envolve o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) e à inconstitucionalidade da exigência de unanimidade nas votações do CONFAZ para a concessão de benefícios fiscais; e 3. Analisa a Proposta de Súmula Vinculante n. 69 (PSV n. 69), bem como os avanços da Lei Complementar n. 160 de 2017 (LC n.160/17). Para tanto, faz uso de bibliografia científica autorizada dentro de uma abordagem própria às ciências humanas, a abordagem explicativo-compreensiva, na tentativa de explicar e compreender os aspectos lógicos e as questões valorativas do tema e dos objetivos indicados.

Dito isso, as seções assim estão estruturadas:

A segunda seção, primeiro momento de desenvolvimento, trata do federalismo fiscal no âmbito da Europa e dos Estados Unidos da América. Nela não se pretende realizar nenhuma comparação; antes, o seu objetivo é expor certas preocupações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) sobre o federalismo fiscal e algumas considerações de estudiosos sobre o mesmo assunto no âmbito dos Estados Unidos, país marcado por grande efeito demonstração em função da sua renda, riqueza e dimensão geográfica.

Na terceira seção se analisa o federalismo fiscal no Brasil, mais propriamente, a guerra fiscal e a inconstitucionalidade do requerimento de unanimidade no seio do CONFAZ para a concessão de benesses fiscais de ICMS, o qual estimula tal guerra.

A quarta seção avalia dois pontos: a Proposta da Súmula Vinculante n. 69 (PSV n. 69), de autoria do ministro Gilmar Mendes, e Lei Complementar n. 160/2017 (LC n.160/2017). Defende-se nesta seção que a primeira não combate em si a guerra fiscal e que a segunda apresenta alguns avanços no combate a esse distúrbio federativo.

Por fim, a última seção está adstrita à conclusão relativa às reflexões desenvolvidas, concatenando-se não apenas às linhas desta breve introdução, como também ao conteúdo do que se tenta explicar, de forma clara, no corpo do presente artigo.

2 O FEDERALISMO FISCAL NO CENÁRIO INTERNACIONAL

O tema do federalismo fiscal perpassa pela preocupação com a divisão das responsabilidades econômicas entre os governos federais, estaduais e municipais, e, devido a sua importância política e jurídica, extrapola as fronteiras nacionais. Trata-se, de fato, de uma questão de ordem global (STIGLITZ, 1999). Em 2016, o secretariado geral da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou um estudo com o objetivo de aperfeiçoar e implantar a descentralização entre os 35 países que integram tal organização. Melhor dizendo, publicou um estudo com objetivo geral de “propor opções de reforma nas estruturas fiscais intergovernamentais e nas finanças públicas das unidades subcentrais” (OECD, 2016, p. 9, tradução nossa). As questões de política fiscal que o estudo enfrenta têm natureza e estrutura macroeconômica, envolvendo tanto os lados da receita e despesa do orçamento público quanto de que maneira este vem se desenvolvendo desde 1995 (OECD, 2016). O estudo examinou:

- 1) Constituições fiscais e como elas formatam as relações fiscais internacionais;
- 2) A importância da tributação de imóveis e a sua relevância para promover um sistema tributário mais inclusivo e eficiente na órbita dos governos municipais;
- 3) Como a mudança de transferências governamentais para tributação própria ajuda na eficiência dos governos e fortalece os mecanismos de prestação de contas e responsabilização (*accountability*);
- 4) A maneira que os governos subnacionais devem monitorar e administrar as suas dívidas;
- 5) O poder de dispêndio dos governos subnacionais (OECD, 2016, p. 9, tradução nossa).

Para efeitos deste artigo, vale destacar alguns resultados. Primeiramente, verificou-se que cerca de 35% do dinheiro público é gasto nos níveis governamentais subnacionais. Os governos municipais e estaduais se encarregam de educação, saúde, infraestrutura e outras áreas-chave na política pública, com efeito sobre a produtividade e a sustentabilidade das finanças públicas. O financiamento dos serviços públicos, mediante impostos e transferências, não apenas é uma determinante fundamental do crescimento econômico de um país, mas, sobretudo, é um mecanismo crucial para o avanço do bem-estar entre os cidadãos (OECD, 2016).

Em segundo lugar, o estudo tornou evidente que as crises econômicas e financeiras que atingiram o mundo em 2008 expuseram a fragilidade das estruturas fiscais e a precariedade dos mecanismos de coordenação entre diferentes unidades administrativas dentro de cada país. Entre as diversas recomendações destaca-se a urgência de reformas nas relações fiscais, sem o que a recuperação econômica não ocorrerá. Destaca também que o federalismo fiscal equilibrado formata as instituições de cada país, demandando, portanto, uma revisão profunda que consubstancie um crescimento econômico inclusivo dos estados e municípios, de maneira a diminuir as graves desigualdades regionais entre e dentro dos países da OCDE (OECD, 2016).

Em seguida, o estudo apontou que, embora a descentralização do gasto e da receita tenha progredido ao longo das duas últimas décadas, ela ocorreu de forma viesada, agravando o desequilíbrio fiscal vertical. Isso reforçou, diz a pesquisa, a importância de uma descentralização coerente (federalismo fiscal equilibrado), sem a qual as finanças públicas podem se tornar ineficientes e insustentáveis, ou seja, injustas, o que impediria definitivamente a retomada do crescimento econômico (OECD, 2016).

Em quarto lugar, a pesquisa encomendada pelo secretariado da OCDE concluiu que a tributação sobre a propriedade é melhor do que a tributação da renda do trabalho. Nesse sentido, oferece um guia para as reformas dos sistemas tributários, bem como instrumentos de transferência, com o objeto de tornar os governos mais responsabilizáveis junto aos seus cidadãos (OECD, 2016).

Uma quinta consideração diz respeito ao grau de endividamento dos governos subnacionais, porquanto a crise financeira global de 2008 terminou por elevar a dívida destes de 6% para de 10% do Produto Interno Bruto (PIB), no curto período de 2007 a 2012. Isso acendeu a luz vermelha para os riscos de um endividamento descontrolado assente na ameaça de insolvência desses governos, o que comprometeria não apenas o crescimento econômico, mas a provisão de serviços básicos como educação, saúde, infraestrutura e segurança, acirrando as disputas inter-regionais com consequências para a paz (OECD, 2016).

Percebe-se, nesse contexto, que o estudo da OCDE revela a importância do federalismo fiscal e deixa claro que, na ausência deste, qualquer solução para um crescimento harmonioso e sustentável torna-se inócua. Discutir o todo sem atentar para as partes, seguramente levará a conclusões falaciosas. Daí a necessidade, com efeito, de algumas considerações serem tecidas sobre a discussão contemporânea do federalismo fiscal no âmbito do país mais rico e influente do mundo, os Estados Unidos.

Como se sabe, este país costuma projetar para o resto do mundo caracteres modelares, e no que concerne a temática do federalismo fiscal goza de altíssimo efeito demonstrativo em função do seu elevado nível de renda, riqueza e tamanho geográfico. Tratando do assunto, Joseph E. Stiglitz, premiado com o Nobel de Economia, em 2001, frisa que o federalismo fiscal suscita questões que vão além da teoria econômica (1999). Um exemplo remonta aos anos 1960, 1970 e 1980. Naquela época, em virtude do acirrado debate sobre os direitos civis, parte considerável da academia e dos políticos norte-americanos – os democratas – defendia um papel mais ativo para o governo federal por julgar que os governos estaduais não tinham condições políticas de receber a competência legal para defender a causa; em contrapartida, se opunham a essa linha de raciocínio aqueles que desejavam um federalismo politicamente mais equilibrado – os republicanos – e, assim, um federalismo pautado nos direitos das unidades subnacionais (STIGLITZ, 1999).

Quando, então, Ronald Reagan assumiu a presidência dos Estados Unidos, em 1981, não demorou para que a posição republicana se expressasse com mais vigor, o que se concretizou com a defesa do chamado novo federalismo. Por intermédio deste, delegou-se – em nome do combate ao elevado déficit fiscal do governo central – maior autoridade para as unidades subnacionais quanto ao bem-estar e restringiu-se ao domínio da unidade federal nacional o ônus de arcar com *Medicaid*, programa de saúde estadunidense (STIGLITZ, 1999). Contrários a essa mudança, os críticos do novo federalismo argumentavam que este nada mais era do que um pretexto para cortes na assistência federal destinada aos estados e municípios, de forma a se reduzir o tamanho do governo federal. De todo modo, durante a metade dos anos 90, com os republicanos dominando a maioria do congresso, foram crescentes as demandas para que os estados controlassem programas que inicialmente pertenciam ao governo federal; uma discussão tão intensa que levou, inclusive, à reforma dos programas de ordem social em 1996 (STIGLITZ, 1999).

Stiglitz apresenta outros exemplos, mas tem como preocupação assegurar que existem questões políticas, financeiras, econômicas, geopolíticas e jurídicas, entre outras mais, que justificam a presença constante do debate em torno do federalismo fiscal (STIGLITZ, 1999).

Em sentido semelhante, Jonathan Gruber aponta que o federalismo fiscal discute a apropriação de tributos pelos governos central, estadual e municipal, bem como o dispêndio estatal nestes três níveis de governo (2013). Um dos exemplos por ele apresentado repousa em fato que alcançou dimensões internacionais: em março de 2010, Barack Obama desenvolveu um plano de governo com o objetivo de alterar a conhecida legislação *No Child Left Behind* (NCLB), introduzida anteriormente pelo governo republicano de George W. Bush, em 2002. O NCLB procurava enfrentar o

problema de oportunidades educacionais para as crianças mais pobres, e previa graves penalidades, incluindo a possibilidade do afastamento de diretores, professores e até mesmo a intervenção federal, caso as escolas não conseguissem mostrar progresso. “O NCLB – escreve Gruber – representou a maior expansão do poder federal sobre as escolas em meio século” (2013, p. 263, tradução nossa).

Caminhando para o lado oposto, a administração Obama pressionou o congresso para redesenhar o NCLB, de maneira que o governo federal pudesse conceder isenções para os estados participantes dos exames de matemática e proficiência em inglês exigidos dentro do padrão da NCLB. O objetivo, entre outras coisas, era claramente diminuir o poder do governo central. Ou seja, “a questão central nesses debates sobre NCLB era a questão de quem deve controlar a política nacional” (GRUBER, 2013, p. 264, tradução nossa). De fato, qualificando este debate como algo que transcende a experiência econômica, Gruber defende que nele subsiste a busca do “federalismo fiscal ótimo, a questão de quais atividades devem ser alocadas para determinado nível de governo” (2013, p. 264, tradução nossa), o que exige, dentre outros, a interação entre diferentes ramos do conhecimento humano.

É preciso que se atente que o federalismo fiscal (ótimo ou não) deve enfrentar o problema da divisão de responsabilidade entre os governos centrais e subnacionais, algo extremamente complexo. Duas questões são fundamentais: quem toma as decisões sobre os programas de governo e quem paga por eles (STIGLITZ, 1999). Em muitos países, o governo federal paga pelo programa e concede discricionariedade aos estados para executá-los. Em outros casos, o governo federal essencialmente determina todas as condições em que devem ser administrados os programas. Em outros, ainda, o poder de tributar e executar compete às unidades subnacionais (STIGLITZ, 1999). Nos EUA, a título de ilustração, estados e municípios têm a responsabilidade para programas e ações como água, saneamento, educação, segurança pública, e uma parte considerável nos custos de transporte; ao passo que o governo federal tem uma maior responsabilidade para a saúde, seguridade social e desenvolvimento urbano. Evidentemente, estes padrões de distribuição vêm oscilando ao longo tempo conforme a alternância de poder.

Na realidade, depois da segunda metade do século XX, diversos estudiosos começaram a se preocupar com o problema de arranjos institucionais para a tributação e dispêndio público, fosse ele no âmbito central ou intergovernamental. Buscava-se a despersonalização da política fiscal, dado que a experiência do pós-guerra levou o mundo ocidental a um crescente descontrole das finanças públicas, à elevação de dívidas, ao financiamento das atividades públicas pela inflação e ao enfraquecimento da democracia (BUCHANAN; WAGNER 1977).

James M. Buchanan e Richard Wagner afirmam, por exemplo, que,

[...] “entre todas as formas de se extrair recursos, a inflação é a mais indireta, e é aquela que provavelmente requer o mais alto grau de compreensão sofisticada da parte do indivíduo [...]. Os governos não apresentam a inflação como uma forma de tributo, como um item de balança nas projeções orçamentárias publicadas [...], ao contrário, fazem esforços para atribuir as causas da inflação à entidades e eventos não governamentais – firmas capitalistas com fome de lucro, sindicatos gananciosos, más colheitas e assemelhados” (1977, p. 111, tradução nossa).

O problema se agrava quando se recorda que o descontrole fiscal e seu financiamento através da inflação ameaçaram a democracia ocidental barbaramente: Alemanha, em 1923; Israel, na década de 1980; e América Latina, entre 1975 e 1995.

Com tanta ciclotimia no ritmo de crescimento da economia ocidental, a constante ameaça de inflação, as oscilações de poder entre conservadores e progressistas, surgiu a defesa de uma constituição fiscal, a qual, segundo Buchanan e Wagner, “não foi escrita em nenhum conjunto formal de regras; [e] a sua importância repousa na sua influência em restringir a prodigalidade das pessoas, assim como os políticos que ajam em nome delas” (1977, p. 21, tradução nossa). Como se vê, a ideia inicial da constituição fiscal consiste na defesa de regras que possam cercear a predisposição para gastar (o que Buchanan identificava como ordinário nos políticos). Daí um passo para que a expressão constituição fiscal fosse estendida como forma de minimizar as oscilações que historicamente existem no federalismo fiscal. Se ela pode servir para controlar as oscilações dos déficits públicos e da inflação, pode servir também para controlar as oscilações que ora transferem poder para a unidade federativa central, ora para as unidades subnacionais.

Neste novo sentido – distribuir as competências para tributar e gastar entre o governo central e as unidades subnacionais – a expressão refere-se ao ordenamento jurídico pátrio sem distinguir entre as normas constitucionais e infraconstitucionais. Com a palavra, Kantorowicz:

“Constituições fiscais é uma expressão da moda. Os buscadores da internet registram mais de trezentos mil entradas para o termo “constituição fiscal”, o que indiretamente já estabelece a popularidade do termo. [...]

Constituições fiscais determinam as regras do “jogo” das finanças públicas e assim formatam a estrutura, para os gestores de política econômica, incentivando ou desencorajando certos padrões de política pública (2015, não paginado, tradução nossa).

Tal maneira de se aproximar do federalismo fiscal, apoiando-se em normas estáveis, protege o interesse público mediante a fomentação de decisões racionais. Numa economia globalizada marcada pela alta mobilidade de capital financeiro, mercado de trabalho instável, movimentos migratórios, comércio exterior cingido por rupturas de acordos e barreiras tarifárias, diferentes autores têm suscitado que se vive numa desordem internacional, na qual os avanços tecnológicos distanciam cada vez mais o hemisfério norte do hemisfério sul, os países mais ricos e os países mais pobres. Não é de se estranhar, muito menos de se surpreender, que esses problemas também contaminam o federalismo fiscal entre as nações e dentro de cada nação. O Brasil não tem como escapar dessa discussão; é necessário enfrentá-la com rapidez, antes que seja tarde.

3 A GUERRA FISCAL E O FEDERALISMO NO BRASIL

Sendo o federalismo fiscal um assunto de inquietação internacional, seria ingênuo imaginar que em um país de dimensões continentais como o Brasil, ainda em luta para consolidar a sua democracia e a higidez de suas finanças públicas, tal temática não provocasse um instigante debate entre juristas, economistas, políticos e a sociedade como um todo. Tratando propriamente de uma conceituação e acentuando que o federalismo fiscal está, como visto, além das balizas econômicas, assim consigna Fernando Facury Scaff: “federalismo fiscal é uma fórmula financeira para melhor distribuir os recursos públicos em um território politicamente considerado, pois sobre o espaço geográfico superpõem-se os desdobramentos políticos-administrativos (2016, p. 193). Na mesma linha, diz Regis Fernandes de Oliveira que o federalismo fiscal se destina “a fornecer os meios para que o Estado cumpra suas finalidades, podendo atender aos serviços públicos, exercitando o poder de polícia, intervindo no domínio econômico, preservando situações através de documentos e mantendo a sua estrutura” (2011, p. 46)

Ocupando-se, então, da tensão federativa no Brasil, a presente seção apresenta considerações gerais sobre o ICMS e a guerra fiscal, bem como destaca a inconstitucionalidade da exigência do requisito da unanimidade nas votações do CONFAZ, a qual se opõem a importantes diretrizes principiológicas fomentando um federalismo segregador.

3.1 Considerações gerais sobre o ICMS, a guerra fiscal e a exigência do requisito da unanimidade nas votações do CONFAZ

Na esteira dos objetivos previamente anunciados, uma vez assimilado o que vem a ser federalismo fiscal e a sua dimensão internacional, é preciso que se atente para a sua consubstanciação no cenário brasileiro, mais precisamente, para a sua relação com o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços, o ICMS. Isso porque, no Brasil, esta importante tributação se insere “dentro do escopo de realização de um verdadeiro federalismo cooperativo” (SCAFF, 2016, p. 194).

Em verdade, nos termos dos arts. 147, 154, II, e 155, II, da Constituição Federal de 1988, e segundo as diretrizes gerais da Lei Complementar n. 87/96 (a Lei Kandir), o ICMS é essencialmente um imposto de competência dos estados e do Distrito Federal, tendo como fato gerador tanto a circulação de mercadorias quanto a prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (BRASIL, 1988 e 1996). Entre os tributos, trata-se certamente do imposto economicamente mais importante, porquanto “envolve as maiores quantias de dinheiro, e, [...] por isso, é aquele que, de longe, mais controvérsias suscita (CARRAZZA, 2015, p. 44)[1]. Não à toa nenhum outro tributo é tão instruído pela Lei Maior, reservando esta, em seu art. 155, § 2º, nada mais que 12 incisos para melhor especificar a tributação sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços (BRASIL, 1988).

O ICMS no Brasil, é importante notar, tem a sua evolução histórica originada com o Imposto sobre Vendas Mercantis (IVM), instituído pela Lei n. 4.625 de 1922. Com a Constituição de 1934, porém, foi criado o Imposto Sobre Vendas e Consignações (IVC), e este, com a Emenda n. 18/1965 à Constituição de 1946, foi substituído pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), “o qual vinha à época incorporar as novas propostas de adoção do método do valor adicionado a fim de eliminar os efeitos negativos da cumulatividade sobre a economia brasileira” (ABRAHAM, 2017, p. 362). Na realidade, a título de maior precisão, pode-se dizer sucintamente que o ICMS “nasceu da fusão de seis impostos, a saber: a) sobre a circulação de mercadorias; b) sobre minerais; c) sobre combustíveis líquidos e gasosos; d) sobre energia elétrica; e) sobre transportes; e f) sobre comunicações” (CARNEIRO, 2015, p. 281).

Sobre a finalidade do ICMS, explica Claudio Carneiro:

A função do imposto é fiscal. No entanto, além de ter a finalidade de arrecadar para os estados ou Distrito Federal, este tributo pode excepcionalmente servir como

instrumento de controle do Estado na economia, hipótese em que assume função extrafiscal. A respeito do tema, José Jayme diz que “[...] de norte a sul do Brasil, durante mais de quatro décadas de existência, utiliza-se o ICM (e há mais de vinte anos, o ICMS) com finalidades conscientemente almejadas pelos governos, diversas do simples abastecimento dos cofres públicos. Em todos os Estados, encontra-se farta exemplificação disso” (2015, p. 284).

Adentrar em toda a complexidade do ICMS não é, contudo, um propósito aqui visado. Por ora, são suficientes considerações gerais, especialmente aquelas relativas à preocupação isonômica que deve abranger este tributo, ou, por outras palavras, aquelas relativas à disputa entre as unidades tributantes pela manutenção e aproximação de investimentos para o seu espaço territorial – a chamada guerra fiscal (SCAFF, 2016). Sobre esta escrevem Gilmar Mendes e Paulo Gonet:

A guerra fiscal é valorada negativamente tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico. Economicamente, a concessão indiscriminada de benefícios fiscais, sob variadas formas, conduz à queda da arrecadação fiscal, além de implicar efeitos concorrenciais perversos. Juridicamente, a situação é de flagrante inconstitucionalidade. Embora o constituinte tenha conferido aos estados competência legislativa para instituir o ICMS e as receitas assim geradas serem fundamentais para assegurar sua autonomia financeira, a Constituição também prevê, no art. 155, §2º, XII, *g*, que cabe à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Tal previsão, entre outras, dá caráter nacional ao ICMS, tendendo a conferir certa uniformidade à incidência do imposto e, dessa maneira, coordenar a ação dos diferentes estados. Atualmente, a concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS é regulada pela Lei Complementar n. 24, de 1975 [...] (2017, p. 1495).

De imediato, então, é preciso notar, como faz Fernando Facury Scaff, que o Congresso Nacional deu nos últimos anos dois passos para encerrar tal guerra, concedendo mais recursos às unidades federativas menos desenvolvidas, em claro

respeito a um dos objetivos da República Federativa do Brasil: a redução de desigualdades sociais e regionais (2016, p. 209).

O primeiro desses passos foi a aprovação de Emenda Constitucional n. 87. Publicada em abril de 2015, por ela restou estabelecido no art. 155, §2º, VII, da Constituição, que, havendo operação ou prestação que destine bem ou serviço a consumidor final localizado em outra unidade federativa – seja ele contribuinte ou não – será adotada a alíquota interestadual, cabendo à unidade federativa onde se localiza o destinatário o valor de ICMS correspondente à diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual. Ou seja, com essa nova sistemática, nas operações e prestações interestaduais para consumidores finais, foi extinta a cobrança da alíquota interna da unidade federativa de origem, a qual era antes devida[2].

Isso significa, do ponto de vista prático, que a EC 87/2015 garante “uma grande redistribuição de rendas federativas em nosso país, pois não trata apenas do comércio eletrônico, como alardeado, mas de todo e qualquer comércio com não-residentes naquele território” (SCAFF, 2016, p. 209). Trata-se de um significativo passo para o fim da guerra fiscal. Pode-se dizer, inclusive, que essa modificação “beneficiou os estados destinatários das mercadorias (normalmente menos desenvolvidos), que passaram a sempre contar com o recolhimento da diferença de alíquotas, o que, no regime do texto original [...], só ocorria quando a pessoa do destinatário era contribuinte do imposto” (ROCHA, 2016, p. 211). Com a EC 87/2015, portanto, tem-se por objetivo a superação de um grave problema para os estados comumente chamados de consumidores, sobretudo, aqueles das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, cuja arrecadação de ICMS vinha sendo demasiadamente prejudicada em face de os principais estabelecimentos estarem localizados nos estados ditos produtores, como São Paulo e Rio de Janeiro (VELLOSO, 2016, p. 436).

O novo texto constitucional, em suma, adequa o fenômeno jurídico pátrio, pelo menos parcialmente, às necessidades hodiernas, conferindo maior equilíbrio à arrecadação do ICMS pelas unidades federativas subnacionais. Ele, ao que se indica, atinge aquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de federalismo solidário, isto é, um federalismo que “alcança também as desigualdades de fato, na medida em que se desvaloriza a existência de condições empíricas discriminantes e se exige equalização de possibilidades” (1998, p. 277).

Não é demais ressaltar que esse ganho por parte das unidades tributantes de destino é gradual. A EC 87/2015, em seu art. 2º, assim determina:

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 99:

Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção: I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem; II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem; III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem; IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem; V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino (BRASIL, 2015).

Por aí se vê que as alíquotas, desde 2016 (a referência ao ano de 2015 é um lapso do legislador), estão sendo rateadas com o fito de implementar paulatinamente a nova disposição do inciso VII do §2º do art. 155 da Constituição. O objetivo é, por óbvio, evitar alguma instabilidade inicial nos trâmites da vida contábil e econômica. De todo modo, o que importa efetivamente é que a nova disposição tributário-constitucional está mais próxima, mediante simples mudança, dos objetivos que fundam a federação brasileira.

O segundo passo dado pelo Congresso Nacional no combate à guerra fiscal foi a aprovação, em 2017, da Lei Complementar n.160, cujo escopo central é – a um só tempo – a minimização dos efeitos negativos da concorrência fiscal subnacional e a segurança jurídica dos contribuintes. Essa lei permite que os incentivos fiscais concedidos no passado, à margem da aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), uma exigência do art. 1º da Lei Complementar n. 24/1975, sejam convalidados, bem como institui regras novas para a inibição dessa prática (BRASIL, 2017). Este segundo passo – ao qual é dada atenção especial na seção 4 – garante, pois, alguma combatividade à autodestruição entre as unidades tributantes, dando resguardo para o contribuinte de boa-fé. Ou seja, por ele busca-se combater o número elevado de legislações estaduais que insistem na concessão de benefícios

fiscais sem a deliberação positiva por parte do CONFAZ, numa clara afronta à legalidade.

É no âmbito do CONFAZ, aliás, que reside exigência que alimenta intensamente a guerra fiscal brasileira: a unanimidade em suas votações para a concessão de incentivos relativos ao ICMS. Diz o §2º do art. 2º da Lei Complementar n. 24/1975, que “a concessão de benefícios dependerá sempre de **decisão unânime** dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes” (BRASIL, 1975, grifo nosso). A exigência de tal unanimidade, no entanto, parece não ter sido recepcionada pela Constituição Republicana de 1988, estando em dissonância com alguns dos seus mais importantes princípios. Não é por outra razão que tramita no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 198, proposta, em 2009, pelo governador do Distrito Federal, contra o referido §2º do art. 2º da Lei Complementar n. 24/1975 (BRASIL, 2009).

Princípios, em seu sentido lógico, são verdades que fundamentam todos os tipos de ciência; são alicerces pelos quais o saber científico nasce e se desenvolve. Lembre-se, por exemplo, dos princípios – há muito apreendidos – da identidade e da não-contradição. Deles nenhuma ciência pode prescindir. Ao se afirmar que *A* é igual a *A*, e que *A* não pode, ao mesmo tempo, ser *não-A*, enuncia-se princípios fundamentais sem os quais sequer seria possível o ato de pensar e a consequente transmissão de informações (REALE, 2002).

A Ciência do Direito, no intuito de atingir os seus objetivos, apreendeu e construiu ordens principiológicas mais específicas que os princípios lógicos, expressando-as, nem sempre explicitamente, como enunciações genéricas descritivo-normativas do comportamento humano; enunciações essas constitutivas de suas leis (ou regras) (REALE, 2002). Isso significa, em outras palavras, que os princípios do Direito, com exceção dos lógicos e metodológicos, não apenas informam *o que é algo*, mas também determinam como esse algo *deve ser*. Para se empregar expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, muito embora dela ele faça uso para se referir às leis do Direito, os princípios jurídicos são, em sua grande maioria, “criptonormativos” (FERRAZ JR., 2010, p. 55).

Pois bem. Quais são, então, as ordens principiológicas constitucionais violadas pela exigência de unanimidade do CONFAZ para a concessão de benefícios fiscais de ICMS, conforme estabelece o §2º do art. 2º da Lei Complementar n. 24/75? Ao que se indica, são três: o princípio democrático, o princípio federativo e o princípio da razoabilidade[3], os quais serão apreciados nos tópicos que se seguem.

3.2 A violação do princípio constitucional democrático

O princípio democrático informa diferentes regramentos do ordenamento jurídico pátrio, estando expressamente contido no *caput* do art. 1º da Constituição Republicana de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito**” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Antes de expor o seu conteúdo, porém, insta consignar que a democracia nem sempre foi uma verdade fundante amplamente aceita pelas realidades jurídicas ocidentais.

Entre os diversificados fatos que marcaram o século XX, talvez a emergência da democracia como regime político dominante no Ocidente tenha sido um dos mais importantes. Em verdade, ao longo da história se compreendeu que o espírito democrático era, sobretudo, um perigo assente em características supostamente dignas de menor estima, como a cor, o sexo e a condição social. Foi apenas com as análises políticas de autores da importância de Max Weber (1978), Carl Schmitt (1988), Jacques Maritain (1998), entre outros tantos, bem como, especialmente, com o crescente reconhecimento de direitos universais ou humanos, que a problemática democrática se converteu em forma modelar de governo (BOBBIO, 2004; 2009; 2017; ABBAGNANO, 2007).

Na realidade, a experiência histórica e a racionalidade permitiram ao homem perceber que a democracia é valiosa porque, acima de tudo, encoraja os indivíduos a se comunicarem e cooperarem para a consubstanciação do bem comum (GEORGE, 1993). Não é por outra razão que John Rawls e Jürgen Habermas, num dos mais importantes debates do século passado, entenderam ser a racionalidade pública essencial para a democracia; ou melhor, compreenderam, a despeito das grandes diferenças intelectuais de ambos, que a democracia não deve ser apreciada apenas quantitativamente, abrangendo igualmente uma cooperação pública de arranjo racional (FINLAYSON; FREYENHAGEN, 2013; HEDRICK, 2010).

Este é, aliás, o raciocínio de Amartya Sen e Bernardo Kliksberg, que inspirados pela filosofia política rawlsiana entendem que a democracia

[...] tem de ser vista não apenas em termos de cédulas e votos – por mais importantes que sejam –, mas primariamente em termos de racionalidade pública [...]. A racionalidade requer que os indivíduos tenham vontade política de ir além dos limites de seus próprios interesses específicos. Mas ela também impõe exigências sociais para ajudar um discernimento justo, inclusive o acesso à

informação relevante, a oportunidade de ouvir pontos de vistas variados e exposição a discussões e debates públicos abertos. Em sua busca de objetividade política, a democracia tem de tomar a forma de uma racionalidade pública construtiva e eficaz (2010, p. 54).

Vê-se, por aí, que qualquer estrutura democrática comporta, pelo menos, três características:

1. A cooperação entre as pessoas;
2. O primado da racionalidade sobre as volições próprias; e
3. A comunhão majoritária de interesses como fonte de autoridade, isto é, como fonte de poder para o exercício de determinados atos.

Esclarecendo melhor, toda e qualquer disposição democrática exige que uma maioria concorde em conceder determinada autoridade a partir de um trabalho cooperativo pautado na razão, havendo, pois, uma tricotomia complementar no âmago democrático.

Ora, a condição de unanimidade deliberativa por parte do CONFAZ, que nada mais é do que a concessão de um poder singular de veto, rompe com a complementaridade da estrutura tríplice da democracia, na medida em que viola o elemento da comunhão majoritária de interesses, e, por conseguinte, potencializa não só a inexistência ou mitigação da cooperação, como o enfraquecimento de deliberações conformadas à razão. A exigência de unanimidade ocasiona, por outras palavras, aquilo que na lógica consequencialista costuma ser denominado de ladeira escorregadia (*slippery slope argument*). De fato, ao se admitir a unanimidade como critério para a concessão de benefícios fiscais de ICMS, além de se violar o elemento democrático da preponderância dos juízos majoritários, naturalmente emerge como consequência indesejável a potencialização de decisões alheias à alguma cooperatividade e racionalidade. É que os seres humanos apenas tendem ao justo, havendo em cada também o gosto pelos egoísmos.

A bem da verdade,

[...] a exigência da unanimidade no âmbito de votação realizada pelo CONFAZ decorreu de previsão instituída em 1975, em pleno Regime Militar, momento em que não havia democracia de fato no Brasil. Deste modo, apesar de o princípio democrático ser consagrado na atual Constituição Federal e ser o informador de toda a estrutura de poder no Brasil, não se pode

verdadeiramente falar de respeito à democracia no âmbito do CONFAZ, pois as deliberações realizadas no conselho ignoram a vontade da maioria. A prevalecer o requisito da unanimidade nas deliberações do CONFAZ, subverter-se-á a ideia majoritária pelo reconhecimento da ditadura da minoria, quando a vontade de um único membro passa a ter supremacia em relação às demais vontades reunidas, de modo totalmente incompatível e inconciliável com o princípio democrático. Nem sequer Rousseau, um dos maiores filósofos da democracia, jamais exigiu a unanimidade para reconhecer a vontade majoritária. Nesse tom também é a opinião de Hans Kelsen [...] (KAUFMANN, 2013, p. 16).

Por isso tem razão Fernando Facury Scaff quando assegura que,

Pela lógica da unanimidade, o CONFAZ se torna o dono do ICMS e não cada estado individualmente considerado. O CONFAZ tem um papel de harmonização fiscal em um Estado Democrático de Direito, e não de coação fiscal, própria do período que em foi criado. Durante o autoritarismo a regra da unanimidade possuía uma lógica interna ao sistema; durante o período democrático esta norma não pode prosperar, pois não encontra amparo em nenhuma norma constitucional (2016, p. 196).

Ou seja, é inerente ao raciocínio democrático a renúncia às construções unânimes, devendo-se entender, como faz Ivo César Barreto de Carvalho, que qualquer quórum de unanimidade é, por natureza, antidemocrático (CARVALHO, 2015 p. 268).

Não se diz aqui, por óbvio, que a democracia é impassível de erros e injustiças, a ponto de jamais se agir irracionalmente, negando-se a cada um o que lhe é próprio. É possível que, acreditando estar circunscrita aos ditames da razão, esteja uma maioria cooperativa engajada no irracional ou em interesses próprios. É certo, de todo modo, que em sistemas não democráticos há, tipicamente, menor participação política e menos eficiência quanto à concreção do bem comum, seja por parte do Poder Público, seja no que concerne à coletividade (GEORGE, 1993) – algo que a unanimidade do CONFAZ parece albergar.

3.3 A violação do princípio constitucional federativo

Assim como o princípio democrático, o princípio federativo está prescrito de maneira expressa no *caput* do art. 1º da Constituição, o que se verifica quando este anuncia que formada a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal (BRASIL, 1988). Há um detalhe, no entanto: o federalismo brasileiro, dentro das balizas instituídas pelos arts. 22, 23 e 24 da Carta de 1988, obedece à lógica da cooperatividade, de modo a se impor como imprescindível a comunicação intensa e transparente entre as unidades federativas (BRASIL, 1988).

A título de esclarecimento, na primeira metade do século XX, o exacerbado formalismo jurídico tornou-se incapaz de oferecer um Direito consoante com as exigências concretas da vida social. Das ondas de choque da Primeira e Segunda Guerras mundiais seguiu-se a necessidade da Ciência Jurídica como experiência real, uma ciência não tão afeita às abstrações lógico-formais (REALE, 1992). Os fenômenos jurídicos, como consequência, se reaproximaram de padrões morais tidos como universais, e as políticas estatais passaram a se coadunar com a noção de direitos humanísticos. Houve a disseminação do ideal de cooperação multilateral como algo a ser perseguido tanto interna quanto externamente pelos Estados, sendo o federalismo cooperativo um dos retratos dessa renovada demanda (GIUBONNI, 2006; SCHÜTZE, 2009).

Cooperação, adverte Robert P. George, consiste numa ação bilateral que visa a concretização de um fim compreendido pelas partes. Nela, há sempre uma bilateralidade cuja intenção é consubstanciar uma finalidade previamente assimilada (1993). Mas qual deve ser o fim comum intencionado pelas entidades federativas? Certamente, o desenvolvimento em conjunto (SCAFF, 2014; KAUFMANN, 2013).

O federalismo cooperativo não se dá, pois, às cegas: a sua efetividade exige que as unidades federativas interajam entre si com a intenção clara de atingir como fim o desenvolvimento comunitário. Trata-se de um modelo institucional concebido “para que todos tenham iguais condições de participar das oportunidades apresentadas no jogo econômico e de poder” (SCAFF, 2014, p. 93).

Não à toa consigna Tércio Sampaio Ferraz Júnior que a cooperação

[...] exige concorrência como fator de desenvolvimento. Não a concorrência predatória, que visa eliminar ou impedir o concorrente, mas a concorrência da interdependência, na qual aos concorrentes devem ser asseguradas condições econômicas adversas, numa

região ou num setor, que, então, devem ser compensadas por incentivos num regime de equilíbrio ponderado (2012, p. 9).

Dito em outro tom, entre as unidades federativas é imprescindível que inexista isolamento. Por intermédio da natureza autônoma que lhes é inerente, estas devem cooperar para fins de desenvolvimento mútuo, não sendo outra a substância do princípio federativo em sua estrutura cooperativa.

Quando, pois, o §2º do art. 2º da Lei Complementar n. 24/1975 preceitua que benesses fiscais de ICMS não se darão de outra forma a não ser pela deliberação unânime do CONFAZ, acaba por contrariar o *animus* da lógica federativa de cooperação, porquanto desconsidera que, entre as unidades da federação pátria, há uma natural igualdade, uma igual autonomia orientada para harmonizar os interesses e evitar legislações eivadas por traços diferenciadores de ordem não isonômica. Isto é, a unanimidade do CONFAZ viola o princípio federativo e a sua forma cooperativa quando abre brecha para perseguições e favoritismos que alimentam as desigualdades regionais.

Assim,

Se apenas um ente puder colocar toda a negociação a perder, enfraquece-se a ideia de federalismo cooperativo para a redução de desigualdades regionais, já que a dissidência de um único suplantar a cooperação de todos. Somente o reconhecimento da não recepção da regra da unanimidade nas votações realizadas no âmbito do CONFAZ irá fortalecer a forma de coordenação entre os estados-membros e a União resultante da realização de acordos para a concessão de benefícios relacionados ao ICMS (KAUFMANN, 2013, p. 20-21).

Correto está, nesse contexto, Regis Fernandes de Oliveira quando diz que

[...] o órgão representativo da federação é o Senado [...]. Para as deliberações do Senado objetivando a manutenção da unidade da federação em relação ao poder tributário, há necessidade de decisão por dois terços de seus membros. Daí a incongruência não admitida pela Constituição Federal de que as decisões do CONFAZ se façam por unanimidade. Ora, se o órgão de representação política dos estados pode e deve decidir

por maioria absoluta ou de dois terços [...], nenhuma lógica estrutural ou sentido jurídico tem a exigência da unanimidade prevista para as deliberações do CONFAZ, em relação à outorga de benefícios. [...] A regra da unanimidade é incompatível com o Estado Federativo que pressupõe, até mesmo por decorrência histórica, a desigualdade de seus integrantes. (OLIVEIRA, 2012, p. 848-849).

Por aí se nota que, sendo secular a dificuldade dos seus cidadãos brasileiros desenvolverem as suas próprias capacidades, exigir a unanimidade do CONFAZ é uma ofensa grave a um dos mais relevantes fundamentos jurídicos da era moderna. O pacto federativo de ordem cooperativa, verdade seja dita, existe, entre outras coisas, com o fito de evitar que os estados mais ricos e desenvolvidos reclamem – por interesses meramente próprios – contra as solicitações de concessão de incentivos fiscais realizadas pelos estados de infraestrutura mais precária e, portanto, menos atrativos. A exigência de unanimidade do CONFAZ, parafraseando Scaff, não auxilia nem permite o desenvolvimento federativo, ao contrário, está exterminando a federação nacional (2016).

3.4 A violação do princípio constitucional da razoabilidade

Poderia ser dito que o princípio da razoabilidade está primordialmente previsto, de forma implícita, no art. 5º da Constituição de 1988, o qual se destina a tratar dos direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1988). Quer parecer, todavia, que ele goza de maior espaço no sistema jurídico pátrio, sendo princípio orientador de todas as regras da Carta Magna. Diz-se isso porque a Ciência do Direito, trabalhando com princípios, leis e tipos – estrutura comum a todas as ciências – estuda dogmática e zeteticamente a realidade de ordem jurídica, tendo como problema central a frustração e resolução racionais dos confrontos imanentes à experiência humana (FERRAZ JR., 2010; REALE, 2002). A Ciência do Direito é, com efeito, um saber que transcende a descrição de fatos, estando preocupada com a normatização direta da conduta. Trata-se, em outras palavras, de um saber orientado, predominantemente, pela razoabilidade prática (FINNIS, 2011).

Desde a Antiguidade a razoabilidade está vinculada ao exercício de aptidões pautadas em um julgamento correto. Os gregos utilizavam a palavra *phrónesis* derivada de *phronéo* para indicar o senso virtuoso de ordenar as ações e omissões em termos discernitivos (PLATÃO, 1999, 352c). No raciocínio ocidental posterior, a razoabilidade não teve a sua acepção fundante esvaziada, ou melhor, permaneceu similar ao seu sentido oriundo, sendo designada por Tomás de

Aquino como “a razão reta do agir” (2005, ST, I-II, q. 58, a. 4), significação que se estendeu até os dias atuais. Ser razoável, portanto, consiste em proceder de modo congruente, deliberado e cauteloso em direção a um fim; consiste em aperfeiçoar a razão, e isto não pode faltar a indivíduo ou nação alguma, muito menos ser tido em baixo apreço pelos fenômenos jurídicos.

Ao que se indica, a exigência do requisito da unanimidade nas votações do CONFAZ não se conforma a nada do que é constitutivo da razoabilidade. Não há nela, como visto, a devida harmonia para a materialização do princípio democrático e do princípio federativo. E mais:

[...] a exigência de unanimidade não existe nem mesmo para alterar a Constituição. As propostas de emenda constitucional devem ser aprovadas por 3/5 dos votos dos membros do Congresso Nacional. Todo o processo legislativo possui regras de aprovação inferiores a esta proporção de 3/5, sendo a regra geral a de metade mais um dos membros das Casas Legislativas (art. 47, CF). Mesmo a aprovação de súmulas vinculantes pelo STF exige a concordância de apenas 2/3 de seus membros (art. 103-A, caput, CF). Trata-se da *única regra de aprovação unânime existente em todo o sistema político brasileiro!* (SCAFF, 2016, p. 196)

Em verdade,

Não é razoável a exigência de unanimidade, pois nos órgãos colegiados deve prevalecer o princípio majoritário. Pior, ainda, é que aos Estados seja facultada a não ratificação do convênio. Inconstitucionais, portanto, são os dispositivos da LC 24/1975, e não as leis estaduais que concedem incentivos fiscais para a realização de objetivo preconizado pela Constituição Federal. [...] Com mais rigor na terminologia jurídica, diremos que os dispositivos da Lei Complementar 24/1975, que tornam inviável a concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS, para a redução das desigualdades regionais, não foram recepcionadas pela vigente Constituição Federal. Não foram recepcionados exatamente porque, a pretexto de regulamentar uma faculdade expressamente prevista no texto constitucional, tornam o exercício dessa faculdade

praticamente impossível (MELLO; SIMÕES, 2011, p. 179-180).

Ora, é impossível reconhecer o §2º do art. 2º da Lei Complementar n. 24/75 como orientação normativa consonante com o princípio constitucional da razoabilidade. Este preceito atenta contra o constitucionalismo moderno que preconiza não só normas escritas, mas a limitação e moderação do poder político, bem como o respeito aos direitos e garantias fundamentais (MENDES; BRANCO, 2017). O §2º do art. 2º da Lei Complementar n. 24/75 é incompatível com a própria natureza da Ciência Jurídica, que não se dá mais em vácuo valorativo, como pretendia Hans Kelsen (1948;1998), e sim de modo explicativo-compreensivo, numa tentativa de dar a cada um o que lhe é devido.

Parece equivocado, com efeito, Ives Gandra da Silva Martins quando, da expressão “mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal”, presente na alínea *g* do inciso XII do parágrafo 2º do art. 155 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), deduz que “a unanimidade para aprovação de incentivos, isenções e benefícios dos Estados é cláusula pétrea” (2012, p. 184). O equívoco de Martins é que a interpretação da lei não deve obedecer apenas a exigências lógico-formais (muito embora sequer exista a palavra *todos* no trecho acima transcrito, como parece intuir o autor), implicando sempre a apreciação axiológica dos fatos, ou melhor, a apreciação razoável dos fenômenos culturais.

Assim, um preceito jurídico deve ser interpretado sempre em sua correlação com as conjunturas existentes, de maneira que a expressão “mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal” deve ser compreendida nos termos da *realidade fática* da desigualdade socioeconômica entre regiões e em conformidade com a *realidade valorativa* da tutela dos princípios democrático e federativo. A lei precisa ser interpretada no contexto da vida concreta, acompanhando as vicissitudes sociais.

Exigir a unanimidade no seio do CONFAZ equivale a potencializar a inviabilização das propostas desoneradoras, abrindo-se um caminho irrazoável para o exercício abusivo de um direito não contemplado pela Constituição (RIBEIRO, 2012, p.1). Se conservada a exigência que aqui se problematiza, permanece intensificada a disputa estatal pela manutenção e atração de investimentos privados, e os beneficiados continuarão a se concentrar nas regiões mais ricas.

Uma solução razoável, indica-se, seria a flexibilização do quórum para a concessão de benefícios fiscais. Talvez 2/3 dos votos, ou seja, a aprovação de 18 unidades federativas, ou mesmo a maioria absoluta, no caso, 14 unidades federativas, seja o suficiente. O certo é que “o poder de veto atribuído a cada um dos Estados e

ao Distrito Federal vem impedindo a realização dos objetivos constitucionais, e os interesses individuais têm prevalecido em detrimento do interesse nacional” (SOUZA, 2012, p. A-14). A persistir o poder de veto, as relações econômicas tendem a ficar congeladas, gerando motivações para driblar o ordenamento jurídico e elevar a insegurança jurídica. Em outras palavras, o poder de veto

1. Mantém o *status quo* operante;
2. Estimula ações defensivas que resultam em ilicitudes;
3. Prejudica a previsibilidade jurídico-econômica;
4. Inibe uma melhor estruturação das relações contratuais;
5. Lesa o cumprimento de contratos e
6. Dificulta a efetividade do cálculo econômico por parte da iniciativa privada.

Em uma só frase: distancia a República brasileira de uma constituição fiscal, abrindo brechas para um federalismo fiscal menos equilibrado.

4 A PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 69 E A LEI COMPLEMENTAR N. 160/2017

Uma vez esclarecidos os principais pontos da controvérsia acerca da recepção do art. 2º, §2º, da Lei Complementar n. 24/1975 pela Constituição Federal de 1988, resta tratar das soluções propostas – tanto pelo Poder Judiciário como pelo Poder Legislativo – para coibir, ao menos parcialmente, a chamada guerra fiscal que envolve a tributação de ICMS, quais sejam: a edição da Proposta de Súmula Vinculante 69 do STF (PSV n. 69) e a publicação da Lei Complementar n. 160 (LC n. 160).

Conforme já exposto, entende-se que grande contribuição para a guerra fiscal reside na exigência da unanimidade por parte dos entes federados nas decisões do CONFAZ sobre a concessão de benefícios fiscais quanto ao ICMS. Tal exigência, prevista no art. 2º, §2º da Lei Complementar n. 24/1975, não foi recepcionada pela Constituição, já havendo a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 198) sobre o tema.

Ocorre que, enquanto essa problemática central não está pacificada no âmbito jurisprudencial, na medida em que a ADPF 198 encontra-se pendente de julgamento, os estados permanecem realizando a concessão de incentivos fiscais sem prévia aprovação do CONFAZ; ou seja, permanecem não obedecendo ao comando da Lei Complementar n. 24/1975, e, por conseguinte, desrespeitando o art. 155, II, §2º, XII, g, da CR/88, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

XII - cabe à lei complementar:

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (BRASIL, 1988)

Diante deste quadro, o que se observa é que o já citado §2º do art. 2º Lei Complementar n. 24/1975, que trata da questão da unanimidade, tornou-se letra morta, pacificando-se como prática comum o reiterado desrespeito a esta legislação infraconstitucional e à própria Constituição, uma vez que esta expressamente prevê que compete à Lei Complementar a regulação da matéria.

Tanto é assim que no decorrer dos anos foram submetidas ao STF um expressivo número de ações, mais precisamente, Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's), atinentes à matéria de inconstitucionalidade da concessão unilateral de benefícios fiscais relacionados ao ICMS pelos estados membros da federação por meio de legislações estaduais. Ora, a quantidade de ações deste tipo sendo propostas e julgadas pelo STF não refletem outra coisa senão o caráter contumaz da prática da concessão de incentivos sem a observância das normas vigentes.

Nesse contexto, objetivando amenizar os conflitos fiscais, o Ministro Gilmar Mendes realizou a Proposta de Súmula Vinculante 69, apresentando como fundamento as reiteradas decisões nas ADIs 2.645, 2.906, 3.794, 1.247, 2.548, 1.308, 3.312 e 1.179 (BRASIL, 2012). A PSV 69 contempla a seguinte sugestão de edição para o enunciado:

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional. (BRASIL, 2012)

Embora a Proposta de Súmula Vinculante 69, literalmente, não se reporte ao critério da unanimidade na votação dos convênios pelo CONFAZ, há na doutrina pátria quem entenda que a edição desta pode vir a promover o fortalecimento deste

critério e, ao contrário do que se espera, a edição da súmula acabaria por não dirimir os embates fiscais entre as unidades federativas, e sim piorá-los. Isso porque, ao dispor que é inconstitucional qualquer convênio celebrado sem prévia autorização do CONFAZ, invariavelmente o texto sumular implica na afirmação de que qualquer convênio celebrado sem aprovação unânime seria inconstitucional, porquanto esta é a forma de aprovação prevista pela Lei Complementar n. 24/1975.

Daí dizer Roberta Kaufmann que,

[...] a despeito de o texto da súmula não dispor expressamente acerca do quórum de votação ou sobre o modo de aprovação de convênios no âmbito do CONFAZ, é certo que ela termina por legitimar o atual procedimento que se encontra previsto na Lei Complementar nº 24/75, a pressupor a unanimidade da deliberação (2013, p. 23)

Não há como afirmar, portanto, que a edição da súmula promoveria a atenuação da guerra fiscal, na medida em que apenas ratifica a legislação vigente, a qual, por se afastar da realidade democrática, federativa e da razoabilidade prática é reiteradamente descumprida pelos estados membros da federação. E mais, além da não resolução, a súmula poderia gerar um agravamento do problema, pois propicia um ambiente de total insegurança jurídica, bem como fomenta a perpetuação da prática ilícita pelas unidades subnacionais, porém de forma menos transparente.

Nesse sentido, em relação à aprovação da PVS 69, esclarece Scaff:

[...] imagine-se que a súmula vinculante venha a ser editada reforçando a unanimidade do Confaz por entender que a Lei Complementar 24/75 foi recepcionada pela Constituição. Quem acredita que acabará a *guerra fiscal*? Entendo que entraremos apenas em outra fase da disputa. Se hoje ela existe às escâncaras, através de atos normativos publicados nos jornais, esta nova fase, pós-súmula, será do reinado dos *regimes especiais*. Explico para quem não acompanha o dia a dia da área tributária estadual, *regime especial* é uma daquelas palavras-bonde, nas quais cabe tudo que se pretende que seja alterado do *regime normal*. Assim, hoje, se uma empresa deseja obter redução da carga fiscal, uma norma é *publicada* com um mínimo de *generalidade*, a fim de

evitar favorecimentos indevidos entre contribuintes que se encontram no mesmo estado. Com os regimes especiais, o benefício fiscal poderá não ser concedido de forma isonômica ou com publicidade, pois esta espécie de regime fiscal *especial/nem* sempre sai publicada no Diário Oficial e muitas vezes é individualizada para cada empresa.” (2016, p. 199)

Para além de questões puramente jurídico-formais, não se pode olvidar que a aprovação desta proposta de súmula acarretaria consequências econômicas e sociais que não devem ser ignoradas. Ora, a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de normas estaduais que versem sobre convênios celebrados sem prévia autorização do CONFAZ é conhecida há muito, vide as diversas decisões já proferidas por esta Corte, as quais, inclusive, servem como justificativa para a proposta da edição da Súmula Vinculante n. 69. Contudo, ainda assim, os convênios continuaram a ser celebrados em moldes ilegais.

A razão para este reiterado descumprimento da norma é que, legítimos ou não, ante a ausência de ações eficazes por parte do governo federal, os incentivos de ICMS foram e continuam a ser importantes para o desenvolvimento regional de determinadas áreas que, sem estes incentivos, teriam fortes abalos na sua economia local. Outro fator importante é que estes incentivos produziram efeitos jurídicos, e as empresas que deles usufruíram agiram de boa-fé, seguindo o que ditava a legislação estadual plenamente eficaz à época. Diante disto, com vistas a assegurar a segurança jurídica, é preciso encontrar uma solução que acabe com a concessão desordenada de incentivos e benefícios de ICMS, mas não prejudique as empresas que foram induzidas a usufruir das desonerações fiscais e, em contrapartida, elevaram o PIB, a arrecadação tributária e o nível de emprego dos estados e municípios onde se instalaram.

Assim é que, mesmo com todas as críticas ora apontadas, caso a Proposta de Súmula Vinculante n. 69 venha a ser aprovada, a modulação de seus efeitos é medida que se impõe. Em verdade, a prática de conceder incentivos fiscais sem que se leve em consideração a aprovação unânime do CONFAZ é realizada há muitos anos pelos estados, e, conforme acima descrito, tais concessões formaram importantes relações entre as empresas e os entes subnacionais, impulsionando, muitas vezes, o desenvolvimento socioeconômico destes.

Sobre essa ponderação, diz Scaff:

[...] *os efeitos da declaração de inconstitucionalidade devem respeitar a segurança jurídica das relações havidas com terceiros de boa-fé. A retroação, fruto da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, não pode desfazer os efeitos jurídicos concretizados ao longo do tempo com terceiros que tenham obedecido ao que manda a lei, apenas posteriormente declarada inconstitucional.* Afinal, as empresas (terceiros) apenas cumpriram o que a lei ordenava — e não podem ser penalizadas por terem cumprido exatamente o que a lei ordenava —, uma vez que ela estava em pleno vigor e projetando seus efeitos sobre a sociedade. [...] Os benefícios fiscais foram concedidos pelos estados há muitos anos e muitas relações socioeconômicas foram criadas e consolidadas nesses períodos. É adequado, em nome da Segurança Jurídica [...], que certos efeitos consolidados não sejam afetados pela retroação. Registra-se que o STF este tipo de solução [...]. Enfim, dentre os direitos fundamentais está o da segurança jurídica, que protege aquele que obedeceu aos ditames da lei que estava vigente, e que só posteriormente foi declarada inconstitucional. Para conseguir finalizar a *guerra fiscal* é imprescindível que os fatos jurídicos já consolidados sejam respeitados, o que só pode ocorrer através da adoção de efeitos futuros a esta decisão/súmula, e não retroativos ou imediatos (2016, p. 201).

Scaff lembra ainda, citando o ministro Luís Roberto Barroso, que:

Mesmo na interpretação da vontade constitucional originária, a irretroatividade há de ser a regra, e a retroatividade a exceção. Sempre que for possível, incumbe ao exegeta aplicar o direito positivo, de qualquer nível, sem afetar situações jurídicas já definitivamente constituídas. E mais: não há retroatividade tácita. Um preceito constitucional pode retroagir, mas deverá haver texto expresso nesse sentido (BARROSO *apud* SCAFF, 2016, p. 220).

Nesse sentido, merece destaque a Lei Complementar n. 160 de 2017, que, entre as suas principais inovações, trouxe, em seu art. 2º, I e II, a possibilidade de convalidação dos convênios fiscais concedidos em desacordo com a legislação vigente (LC 24/75) e a remissão dos créditos tributários decorrentes, sem votação unânime pelo CONFAZ, e sim com o voto favorável de 2/3 (dois terços) das unidades federadas e 1/3 (um terço) das unidades federadas integrantes de cada uma das 5 (cinco) regiões do País. Para tanto, a Lei Complementar n. 160/2017 traz certas condições, tais como: 1. A publicação nos diários oficiais dos respectivos entes federados de uma relação com a identificação de todos os atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais; 2. Que se realize o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais. Observa-se que a intenção do legislador é garantir que haja publicidade em relação aos benefícios concedidos, conferindo a transparência necessária aos atos públicos.

Outro importante ponto da Lei Complementar n. 160/2017, trata-se da concessão ou prorrogação do prazo de vigência do benefício, uma vez cumpridas as condicionantes acima citadas, por um período de até 15 anos, a depender da atividade econômica por este abrangido, havendo prazos reduzidos de 8, 5, 3 e 1 ano. Cita-se, ainda, conforme preceitua o art. 3º, §7º, a possibilidade de concessão destes incentivos a outros contribuintes que se localizem no mesmo estado, sob a forma de extensão dos já existentes e sob os mesmos prazos, bem como que um estado proveja benefícios fiscais que foram concedidos por outros estados da mesma região, nos termos do art. 3º, §8º (BRASIL, 2017).

Por outro lado, a lei regulamenta que, ressalvadas as exceções por ela trazidas, os estados que não observarem o regramento da Lei Complementar n. 24/75 (LC n. 24/75) estarão sujeitos às penalidades previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, tais como vedação ao recebimento de transferências voluntárias e a restrições creditícias.

Isto posto, tem-se que a Lei Complementar n. 160/2017 não se propõe a pôr fim aos conflitos da guerra fiscal; entretanto, é inegável que esta se revela como importante instrumento para amenizá-los. Ela traz, simultaneamente, uma solução razoável para os problemas dos incentivos já concedidos à margem da legislação aplicável, propondo prazos plausíveis para que os estados e as empresas possam se organizar economicamente, assim como apresenta elementos capazes de coibir a realização reiterada desta prática pelos estados, por meio das sanções previstas.

5 CONCLUSÃO

federalismo fiscal está muito além de aspectos econômicos. Nele repousa elementos financeiros, políticos e jurídicos. Deve-se dizer, a bem da verdade, que nele há um dos mais importantes fundamentos da vida ética: a imperatividade da coexistência entre duas forças, uma central e outra regional, que juntas podem levar o corpo social e institucional a uma estruturação politicamente mais forte, economicamente mais rica, e juridicamente mais desenvolvida.

A persistência, no Brasil, de uma mentalidade belicosa entre as unidades tributantes mostra que muito deve ser melhorado, a começar pelo reconhecimento de que a unanimidade exigida no âmbito do CONFAZ para a concessão de benefícios fiscais de ICMS viola os princípios constitucionais da democracia, da federação e da razoabilidade. No Brasil, como em qualquer outro país, deve subsistir cooperação e solidariedade, duas dimensões éticas que permitem ao federalismo fiscal alcançar a redução das desigualdades sociais e econômicas. Este é, aliás, um dos objetivos da República Federativa do Brasil; objetivo esse que tem como suporte o valor intrínseco de cada indivíduo humano. Daí a importância de uma constituição fiscal, isto é, daí a necessidade da consubstanciação de regramentos que combatam as oscilações dos déficits públicos, da inflação e do poder federativo. É preciso que se estime a segurança jurídica e a previsibilidade econômica, de maneira a se consolidar relações de confiança no território federal nacional.

Em outras palavras, deve-se, no Brasil, atentar para a harmonia entre as unidades federativas. Mas note-se: se na década de 1990 a agenda de conflitos repousava essencialmente no Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), na Lei Kandir, na renegociação das dívidas estaduais e na reforma tributária (GIAMBIAGI; ALÉM, 2008) – todos ainda em pauta, diga-se – é preciso nos tempos hodiernos dar-se maior atenção para a guerra fiscal, que esteve durante muito tempo ocultada pelas discussões sobre a inflação. Não à toa, embora tardia, merece aplausos a ADPF 198; o mesmo podendo-se dizer da Lei Complementar n. 160/2017 e da Emenda Constitucional n. 87/2015 – todas imprescindíveis para um federalismo cooperativo e solidário. A primeira porque questiona corretamente a constitucionalidade do §2º do art. 2º da Lei Complementar n. 24/1975; a segunda, porque preza pela segurança jurídica das relações de boa-fé, bem como contribui, em certo sentido, para a flexibilização do quórum unânime no CONFAZ; e, a terceira, porque assegura a redistribuição de rendas federativas.

Desta forma, é basilar que se combata a substancialidade vazia da Proposta de Súmula Vincula n. 69 (PSV n.69). Dela nada de novo advém, tão-somente se reforça a unanimidade no CONFAZ. Todavia, se esta vier a ser aprovada, é preciso

que se olhe para frente, que se institua a modulação dos efeitos para o futuro, regra em qualquer Estado Democrático de Direito.

Desistir do combate à guerra fiscal e do consequente federalismo fiscal equilibrado não deve fazer parte do espírito brasileiro. É preciso que a política de desenvolvimento regional “renasça para fazer cessar a guerra fiscal hoje presente. Que se pondere, assim, os vários matizes a serem tidos em conta, sempre em busca de um ideal não só tributário, mas de estabilidade jurídica, e de combate à corrupção” (SCAFF, 2016, p. 206).

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Verbete: democracia. 5.ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. v. 4. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Emenda constitucional n. 87, de 16 de abril de 2015. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 17 abril. 2015. Altera o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e inclui o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc87.htm> Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Lei Complementar n. 24, de 07 de janeiro de 1975. Brasília: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 jan. 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp24.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996. Brasília: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Lei Complementar n. 160, de 07 de agosto de 2017. Brasília: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 novembro 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp160.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 198**. Relator: Dias Toffoli. Brasília, DF, 11 de novembro de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/petiçãoinicial/verpet.inicial.ADPF18>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

BRASIL. **Proposta de Súmula Vinculante n. 69**. Relator: Ayres Brito. Brasília, DF, 02 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4222438>> Acesso em: 02 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz&Terra, 2009.

BUCHANAN, James M.; WAGNER, Richard E. **Democracy in Deficit: the political legacy of Lord Keynes**. São Diego: Academic Press, 1977.

CARNEIRO, Cláudio. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 17.ed. São Paulo: Malheiros Editores.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Guerra Fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal. In: SCHOUERI, Luis Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (orgs.). **Direito Tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética, 1998.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2. ed. Nova York: Oxford Press, 2011.

FINLAYSON, J.G.; FREYENHAGEN F. **Habermas and Rawls: disputing the political**. Londres: Routledge, 2013.

GEORGE, Robert P. **Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality**. Oxford: Clarendon Press, 1993.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM; Ana Cláudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GIUBONNI, Stefano. **Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: a labour law perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRUBER, Jonathan. **Public Finance and Public Policy**. 4.ed. Nova York: Worth Publishers, 2013.

HEDRICK, Todd. **Rawls and Habermas: reason, pluralism, and the claims of political philosophy**. Stanford: Stanford University Press, 2010.

KANTOROWICZ, J. J. **Fiscal Constitutions**. Jun. 2015 Disponível em: <<https://repub.eur.nl/pub/78226>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Considerações sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 198 e sobre a constitucionalidade do exercício da função extrafiscal de benefícios de ICMS por legislações estaduais sem prévio convênio autorizativo do CONFAZ: ausência de guerra fiscal**. Congresso Nacional dos Procuradores de Estado. Brasília, 2013.

KELSEN, Hans. Law, State and Justice in the Pure Theory of Law. In: **The Yale Law Journal**, vol. 57, n. 3, 1948.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARITAIN, Jacques. **Man and the State**. Chicago: The Catholic University of America Press, 1998.

MARTINS Ives Gandra da Silva, Grandes questões atuais do direito tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. v. 16. São Paulo: Dialética, 2012.

MELLO, Gustavo Miguez de; SIMÕES, Luiz Carlos Marques. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. v. 15. São Paulo: Dialética, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva: IDP, 2017.

OECD. **Fiscal Federalism 2016: making decentralisation work**. Paris: OECD Publishing, 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Exigência da unanimidade na concessão de estímulos fiscais e a constitucionalidade da LC 24/75: sanções para quem descumpra a glosa de créditos. In: COSTA, Alcides Jorge et al. **Congresso Nacional de estudos tributários: sistema tributário nacional e a estabilidade da federação brasileira**. São Paulo: Noeses, 2012.

PLATÃO. **Protágoras**. Tradução: Ana da Piedade Elias Pinheiro. Lisboa: Relógio d'Água, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel **O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Súmula contra guerra fiscal pode cristalizar desigualdades**.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-31/ricardo-lodi-sumula-guerra-fiscal-cristalizar-desigualdades>> . Acesso em: 3 jan. 2018.

ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário**. 11.ed. São Paulo: Editora Método, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. **Crônicas de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Conjur, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Guerra fiscal e súmula vinculante: entre o formalismo e o realismo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. v. 18. São Paulo: Dialética, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, v. 59, ano 10. Belo Horizonte: Fórum, setembro-outubro de 2012.

SCHMITT, Carl. **The Crisis of Parliamentary Democracy**. Cambridge: The MIT Press, 1988.

SCHÜTZE, Robert. **From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law**. Londres: Oxford Press, 2009.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Hamilton Dias de. Incentivos de ICMS e o equilíbrio federativo. In: **Valor Econômico**, Caderno Opinião, 2012.

STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3.ed. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição Tributário Interpretada**. 3.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2016.

WEBER, Max. **Economy and Society**: an outline of interpretive sociology. Londres: University of California Press, 1978.

NOTAS:

[1] Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além chegam a dizer que o ICMS responde, em média, por 90% dos recursos orçamentários dos estados mais desenvolvidos (2008, p. 329).

[2] “Um exemplo concreto do diferencial de alíquota: um consumidor da Bahia adquire mercadoria em loja de São Paulo para uso próprio em sua residência. A alíquota interna daquele produto no estado da Bahia é 17%. Por sua vez, a alíquota interestadual para destinatário no Nordeste é 7% (Resolução Senado 22/89). Assim, recolhe-se 7% (alíquota interestadual) para o estado de origem da mercadoria (SP) e o diferencial de alíquota (10%), que é a diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual, deve ser recolhido para o estado de destino da mercadoria (BA)” (ABRAHAM, 2017, p. 360).

[3] Na ADPF n.198, no lugar do princípio da razoabilidade, fala-se no princípio da proporcionalidade. Esta última denominação não está equivocada, mas é uma exigência do agir razoável. Em verdade, como destaca Ada Pelegrine Grinover, Antônio Fernandes e Antônio Gomes Filho, a proporcionalidade sempre teve como suporte argumentativo e lógico a noção de razoabilidade, a qual é comum e significativa nas manifestações da Suprema Corte Americana (1997). Prefere-se, com efeito, falar em violação ao princípio da razoabilidade (o que não é excludente de nenhuma percepção proporcional, pelo contrário), dando-se atenção ao direito como exigência da razoabilidade prática (FINNIS, 2011).

INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PARA O COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAIS - ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DOS PAÍSES INTEGRANTES DO MERCOSUL

PRISCILA PRADO GARCIA CECCHI: Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2005). Atualmente exerce o cargo de Procuradora da Fazenda Nacional na PRFN da 3ª Região. Atua na área consultiva, na elaboração de pareceres em processos de Licitação e Contratos Administrativos. É Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET e em Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Mestre em EN DERECHO PENAL ECONÓMICO INTERNACIONAL pela Universidade de Granada, na Espanha.

Monografia apresentada à Universidade de Granada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Penal Econômico Internacional.

RESUMO: O presente estudo se inicia conceituando o crime de Lavagem de Dinheiro, contando sua história e evolução. Essa pesquisa se propõe a analisar instrumentos eficazes que podem ser utilizados no combate aos atos reiterados de tal criminologia.

Palavras-chave: Lavagem de Dinheiro – Mercosul

SUMÁRIO: SUMÁRIO: AGRADECIMENTOS. 1 – ORIGEM E EXPRESSÃO DO TERMO “LAVAGEM DE DINHEIRO”. 1.1 O termo "lavagem de dinheiro" e sua conceituação. 1.2 História e evolução das práticas de lavagem de dinheiro. 1.3 Aspectos Criminológicos. 1.3.1. O ponto de partida de importância internacional. 1.4. Característica dos crimes de lavagem de dinheiro. 1.4.1 Natureza internacional e volume do fenômeno. 1.4.2 Profissionalismo. 1.5. Fatores que favorecem o desenvolvimento. 1.5.1 Globalização Econômica mundial. 1.5.2 A liberalização dos movimentos de capitais e a desregulamentação bancária. 1.5.3 Revolução Tecnológica. 1.5.4 O desenvolvimento de modelos de crime organizado. 1.6 2.1.6 A criminalização da lavagem. 1.7. Conceito jurídico penal de lavagem. 1.8. Linha de Ação. 1.8.1 Apreensão e confisco de bens. 1.8.2 Assistência Judicial Internacional. 1.8.3 Regime de prevenção e sanções administrativas. 2. MODUS OPERANDI. 2.1 Etapas da lavagem de dinheiro. 2.2 Entidades, setores e atividades mais utilizadas no processo de branqueamento de capitais. 2.1.1 Instituições financeiras. 2.1.2 Paraísos Fiscais e Centros offshore. 2.1.3 Câmbio. 2.1.4 Companhias de Seguros. 2.1.5 Mercados imobiliários. 2.1.6 Jogos de azar e loterias. 2.2. Como rastrear o movimento de dinheiro em uma negociação. 2.2.1 Composição, definição e natureza das demonstrações financeiras. 2.2.2 Análise

de posicionamento. 2.2.3. A análise dos livros e registros. 2.2.4 Métodos de rastreamento. 2.2.5 Informações Contábeis. 3. OS ACORDOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS. 3.1. Introdução: as implicações e possibilidades de assistência judiciária internacional. 3. 2. A Convenção de Viena 1988. 3.3. Convenção de Palermo. 3.4. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. 3.5. Convenção Interamericana contra a Corrupção. 3.5. Os acordos e práticas no âmbito do Mercosul para inibir práticas de lavagem de dinheiro. 3.6. Outros instrumentos internacionais sobre o assunto. 3.7. Aspectos sob os quais podem recair a assistência jurídica internacional. 3.8 Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro - GAFI. 4. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL. 4.1. Considerações específicas relacionadas com os crimes de lavagem de dinheiro. 4.2 Legislação brasileira. 4.3 Legislação Argentina. 4.4 Legislação uruguaia. 4.5 Legislação paraguaia. 4.6 Legislação da Venezuela. 5. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a prática conhecida como “Lavagem de Dinheiro” tornou-se um dos principais problemas a serem enfrentados pelos governos mundiais, em especial, em decorrência do montante estimado de recursos envolvidos, cerca de US\$ 500 bilhões por ano, equivalendo a 2% do Produto Interno Bruto - PIB mundial.

O termo “lavagem de dinheiro” origina-se da expressão inglesa *money laundering* e foi registrado pela primeira vez no jornal inglês *The Guardian* e popularizou-se nos anos 1970, com o Caso Watergate[1]. Todavia, não se tem registros históricos quanto às datas em que se iniciaram as práticas desses delitos, mas constata-se que essa infração vem sendo realizada há muitas décadas. Da análise do quantitativo de recursos envolvidos, os órgãos de controle mundiais chegaram à conclusão de que tal prática não era utilizada, unicamente, pela máfia norte-americana na década de 1920, mas sim, estava sendo largamente propagada pelo mundo, em especial, para as organizações criminosas relacionadas com o tráfico de armas e munições, sequestro, extorsão, tráfico de drogas, falsificação e crimes contra o sistema financeiro.

Pois bem, tal descoberta desencadeou a necessidade da criação de mecanismos para controle e inibição de tais atos criminosos. Nesse sentido, em 1988, foi firmada, em Viena, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. A partir de tal marco, foram promovidos diversos encontros diplomáticos e entre Estados e organizações mundiais a fim de trocar experiências, examinar propostas, desenvolver políticas e, principalmente, promover ações contra a “Lavagem de Dinheiro”.

Face ao exposto, pode se dizer que a cooperação judiciária em matéria penal se torna um instrumento essencial para combater o crime organizado

internacional, bem como os delitos relacionados à lavagem de dinheiro propriamente dita. Assim sendo, infere-se que o objeto deste trabalho é analisar a relação entre os instrumentos jurídicos de cooperação penal e o combate a esse tipo de criminalidade transfronteiriça.

Pretende-se, portanto, abordar, no presente trabalho, os instrumentos de cooperação no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), com ênfase naqueles adotados pelos países membros do Mercosul, bem como, estudar, com minudências, os instrumentos aplicáveis apenas aos países que compõe o bloco do Mercosul.

Pois bem, nós parágrafos anteriores, a movimentação de dinheiro adquirido ilícitamente é elevada, o que mostra a ação de várias organizações burlando o sistema e destacando-se: organizações criminosas, traficantes, seqüestradores, falsificadores e extorsão. Dessa maneira, o primeiro capítulo do presente trabalho monográfico é dedicado à análise do conceito dos chamados crimes de lavagem de dinheiro, bem como para análise dos aspectos criminológicos desses.

No segundo capítulo serão abordadas as etapas da lavagem de dinheiro, a tipologia do crime e os setores mais utilizados para realização das citadas atividades. Como é notório, em razão do avanço da tecnologia, as ações dos infratores também se modernizaram, de forma que, atualmente, existem muitas transações relativas à lavagem de dinheiro feitas via *internet*, paraísos fiscais, instituições financeiras, entre outras formas de tentar driblar o sistema, tornando mais difícil a identificação das fraudes que ocorrem diariamente. Também apresentaremos a questão da Lavagem de Dinheiro no comércio exterior e na economia, e seus impactos sobre os mesmos. Para impedir esse delito, os governos locais vêm estudando e criando órgãos fiscalizadores a fim de evitar e punir esses infratores, setores esses que veremos no terceiro capítulo.

Assim, o terceiro capítulo é dedicado à análise da legislação internacional relacionada ao tema. Com o intuito de uniformizar, no âmbito internacional, o combate ao crime de "lavagem" de capitais, foram criadas algumas normas e organismos supranacionais. Outrossim, foram elaboradas legislações visando reprimir tal delito. Cada país adaptou, levando em conta a sua realidade interna, mecanismos próprios de prevenção e repressão à "lavagem" de dinheiro e aos crimes conexos.

Ressalta-se que o esforço conjunto objetivou, também, dar uma resposta ao crescimento do crime organizado, tendo em vista que ele é o principal responsável

pela “lavagem” do dinheiro ilícito, obtido por intermédio de ações criminosas, que, cada vez mais, criam meios de transformar capitais provenientes do crime de toda a natureza em dinheiro lícito, limpo e pronto para o enriquecimento de pessoas e financiamento de novas ações da criminalidade nacional e internacional.

O quarto capítulo, por derradeiro, pretende traçar um panorama geral sobre as legislações dos países integrantes do Mercosul, apresentando os principais instrumentos jurídicos em vigor em cada um deles.

1 – ORIGEM E EXPRESSÃO DO TERMO “LAVAGEM DE DINHEIRO”

1.1 O termo “lavagem de dinheiro” e sua conceituação

Como exposto no item anterior, a expressão “Lavagem de Dinheiro” teve sua origem nos Estados Unidos (Money Laundering). Tal expressão, salvo melhor juízo, foi criada para caracterizar o surgimento, no início dos anos 1920, de uma rede de lavanderias que tinham por objetivo facilitar a colocação em circulação do dinheiro oriundo de atividades ilícitas, conferindo-lhe a aparência de lícito (CASTELLAR, 2004).

Dada a imediata compreensão do seu significado, mesmo pelo público mais leigo, esta expressão foi rapidamente incorporada por diversos países, tais como Portugal (Branqueamento de Capital), França e Bélgica (Blanchiment d’Argent), Itália (Riciclaggio del Denaro), Espanha (Blanqueo de Dinero) e Colômbia (Lavado de Activos). Assim sendo, em outros idiomas, são utilizadas denominações equivalentes: “lavado de activos”, “lavado de dinero” e “blanqueo de dinero” na América Latina e Espanha, “money laundering” nos Estados Unidos, “riciclaggio” na Itália, “reciclaje” na França e “branqueamento de capitais” em Portugal, utilizadas no direito estrangeiro.

Mendroni conceitua o crime de lavagem de dinheiro como “o método pelo qual um indivíduo ou uma organização criminosa processa os ganhos financeiros obtidos com atividades ilegais, buscando trazer a sua aparência para obtidos licitamente”. (MENDRONI, 2006, p.7).

Pitombo (2003, p.33) em uma de suas obras cita que a escolha pelo nome “crime de lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores foi feita pelo fato de que “lavagem de dinheiro” estaria enquadrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular.

Conforme prelecionam Marcia Monassi Mougnot Bonfim e Edilson Mougnot Bonfim[2]:

“Independentemente da definição adotada, a doutrina aponta as seguintes características comuns no processo de lavagem de dinheiro:

- 1) a lavagem é um processo em que somente a partida é perfeitamente identificável, não o ponto final;
- 2) a finalidade desse processo não é somente ocultar ou dissimular a origem delitativa dos bens, direitos e valores, mas igualmente conseguir que eles, já lavados, possam ser utilizados na economia legal.”

Nesse mesmo sentido, o departamento de Justiça americano define este crime como[3]:

In non violenti crime for financial gain committed by means of deception by persons whose occupational status is entrepreneurial, professional or semi-professional and utilizing their special occupational skills and opportunities; also, non violenti crime for financial gain utilizing deception and committed by anyone having special technical and professional knowledge of business and government, irrespective of the person's occupation.

A despeito das inúmeras definições existentes de Lavagem de Dinheiro, e das pequenas variações que a expressão possa ter de um país para outro, sem sombra de dúvidas, todas referem-se à intenção de ocultar a origem ilegal de recursos para que, num momento posterior, eles possam ser reintroduzidos na economia revestidos de legitimidade.

1.2 História e evolução das práticas de lavagem de dinheiro

Primeiramente, insta ressaltar que os conhecidos "crimes do colarinho branco" representam gênero dos quais os crimes contra o sistema financeiro, contra a ordem tributária, de lavagem de dinheiro são espécies.

A origem do termo "lavagem de dinheiro" é controversa visto que muitos países facilitavam a circulação monetária sem inquirir quanto à sua origem ou mesmo a titularidade dos recursos, tudo com o objetivo de atrair recursos para seu sistema bancário, sob a justificativa de que pecunia non olet (o dinheiro não tem cheiro).

Existem diferentes correntes doutrinárias defendendo momentos distintos para o surgimento das práticas dos crimes de lavagem de dinheiro. Uma dessas correntes doutrinárias, defendidas por Mandinger e Zalopany, na Inglaterra, no início do século XVII, defende que o início de tais crimes se deu por meio da pirataria realizadas nas embarcações. Em decorrência do alto custos na manutenção de um navio, como despesas com tripulação, armas, munições e outros, os piratas acabavam saqueando e roubando os demais navios. Segundos tais doutrinadores, os piratas depositavam as mercadorias roubadas com mercadores americanos, que realizavam a troca dessas mercadorias roubadas por moedas locais.

Todavia, convém rememorar que foi o criminologista e sociólogo Edwin Sutherland, em 1939, durante palestra realizada na Sociedade Americana de Sociologia, intitulada "The White-Collar Criminal", iniciou disseminação da expressão "white collar crime", nosso conhecido crime do colarinho branco, definindo-o como o crime "cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social, no exercício de sua ocupação". Foram incluídas, também, nessa definição os crimes cometidos por corporações e outras entidades legais, quando do exercício de suas atividades.

Da mesma forma, convém rememorar as operações de lavagem de dinheiro ocorridas durante a segunda guerra mundial, quando os bancos suíços recebiam em depósitos os bens, obras de artes e ouro confiscados por Adolf Hitler.

Com base em tais fatos, na década de 1970, nos Estados Unidos, foi publicada a "Lei Ricco", que trazia medidas com o intuito de dificultar o trânsito de dinheiro de origem duvidosa através do sistema financeiro. Tal lei teve grande repulsa por parte dos bancos, pois, com receio de perder importantes clientes, alegavam que a identificação destes violava seu direito de privacidade. Em 1980 a prisão do presidente e toda a diretoria do Bank Boston, a pedido da promotoria americana, trouxe à tona o debate, forçando a um reposicionamento da postura das instituições bancárias.

Da mesma forma, na Itália, no auge do denominado "anos de chumbo", período em que as famosas "máfias italianas" dominavam as ações criminosas com o objetivo de desestabilizar o Estado, foi editado o Decreto- Lei nº 59 de 21 de março de 1978, que posteriormente veio a compor o Código Penal desse país. Essa norma "incriminou a substituição de dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro"[4] na tentativa de desestabilizar tais organizações criminosas que utilizavam essas medidas violentas para conseguir capital e se beneficiar de outras formas.

Se, por um lado, a expressão em questão remonta ao início do século XX, a prática que ela descreve - revestir de licitude o dinheiro adquirido ilicitamente - é bem mais antiga do que se possa imaginar, pois há referências a ela até no Novo Testamento, na história de Ananias e Safira (WEISS, 2001)[5].

Pela definição mais comum, a lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos (COAF, 1999, p. 8).

As peculiaridades dos crimes de colarinho branco fazem despertar especial interesse, pois geralmente envolvem altas somas de dinheiro e, como já dito, e a maioria dos implicados são pessoas de altas posições sociais, com destaque na mídia, o que leva a uma grande divulgação em nossos meios de comunicação. Talvez esta também deveria ser uma das razões para se exigir uma pronta resposta do Estado no combate a este crime, mas vimos exatamente o contrário.

Assim sendo, o estudo de lavagem de dinheiro merece uma análise apurada, visto que o cometimento desse crime está, intimamente, ligado à ocultação de bens, direitos ou valores atrela-se a outros delitos, ou seja, a crimes antecedentes.

A origem do termo "lavagem de dinheiro" é controvertida, alguns defendem que surgiu devido à criação de uma rede de lavanderias nos Estados Unidos com o propósito de dissimular a origem de recursos obtidos pela máfia. Com a identidade entre o termo "lavagem" e a situação fática - onde se busca dinheiro "limpo", este acabou por se incorporar ao linguajar jurídico. Uma das maiores operações de lavagem de dinheiro da história se deu durante a segunda guerra mundial, quando os bancos suíços trocavam o ouro saqueado por Hitler nos países ocupados, pouco se importando com a flagrante origem ilícita dos bens (JUNIOR, 2007, pág.16).

1.3 Aspectos Criminológicos

1.3.1. O ponto de partida de importância internacional

O tema da lavagem de dinheiro, embora conhecido pela sociedade e pelos Estados desde a década de 80, difundiu-se, nos últimos anos, em conferências internacionais e a preocupação com os aspectos práticos do combate a esse crime começou a se materializar de forma mais ampla já no início dos anos 90. Desde então, diversos países têm tipificado o crime e criado agências governamentais

responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro. Essas agências são conhecidas mundialmente como Unidades Financeiras de Inteligência – FIU (sigla em inglês de Financial Intelligence Units - FIU).

Nesse sentido, em 19.12.1998, foi firmado a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, cuja finalidade era promover a cooperação internacional no trato de questões relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e crimes afins. A respeito do citado acordo internacional, Pitombo esclarece que:

“Em síntese, quanto à lavagem de dinheiro: “a) La Convención establece la obligación, a cargo de cada país de incriminar y penalizar el lavado de dinero derivado del tráfico de drogas (a título intencional), para facilitar la cooperación internacional y la extradición; b) se regula la cooperación internacional; c) se establecen normas a ser adoptadas por los países en materia de confiscación de los bienes productos del narcotráfico; d) se establecen el principio de que el secreto bancario no debería interferir en investigaciones criminales en el contexto de la cooperación internacional”. (Pitombo, 2003, p.46)

Segundo Márcio Anselmo, os principais pontos e objetivos da Convenção são[6]:

“a obrigação de incriminar penalmente a lavagem de dinheiro procedente do narcotráfico, a cooperação internacional para facilitar as investigações internacionais, facilitar a extradição para os assuntos de lavagem, assim como o confisco internacional dos bens dos narcotraficantes, facilitar a cooperação nas investigações administrativas e as investigações judiciais referentes à cooperação internacional não devem ser impedidas pelo sigilo bancário”

A Convenção de Viena, como foi denominada, é considerada um marco ao combate à lavagem de dinheiro, por ter sido o primeiro instrumento jurídico internacional a tratar como crime esta prática.

Dez anos após a assinatura da Convenção de Viena, representantes de 185 países reuniram-se em Nova York, na Sede das Nações Unidas, com o intuito de adotar estratégias para conter o problema mundial das drogas. Tratava-se da Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o Problema Mundial das Drogas.

Durante essa reunião foram adotados seis planos de ação, dentre os quais um referente à luta contra a lavagem de dinheiro – o global Plan Against Money laundering (GPML), ou Plano de Ação Contra Lavagem de Dinheiro. O GPML é um programa trienal de investigação e assistência técnica executado pelo Escritório de Fiscalização de Drogas e Prevenção de Delitos e tem a finalidade de incrementar a eficácia da luta internacional contra a lavagem de dinheiro mediante a prestação de serviços de assistência e cooperação técnica aos Estados membros da ONU.

Por fim, para efeitos de cooperação internacional, toma-se como padrão de equivalência dos procedimentos para controle da lavagem de dinheiro utilizados pelos países seu reconhecimento pleno pela financial action tax force – ou Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF). Estabelecido pelo G-7 para examinar medidas de combate à lavagem de dinheiro, o GAFI/FATF conta com representantes de 26 governos, incluindo os maiores centros financeiros do mundo e as várias áreas de conhecimento que podem auxiliar no controle do problema: Finanças, Justiça, Relações Internacionais, Administração Fazendária, Legislação e Fiscalização, entre outras

1.4. Característica dos crimes de lavagem de dinheiro

Não obstante existam inúmeras definições existentes de Lavagem de Dinheiro, todas referem-se à intenção de ocultar a origem ilegal de recursos para que, num momento posterior, eles possam ser reintroduzidos na economia revestidos de legitimidade.

Nesse sentido, o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) criou uma definição para tais delitos englobando três fases com o intuito de facilitar a compreensão do conjunto de operações que envolvem a lavagem de dinheiro.

Sendo essas etapas a colocação, ocultação e integração:

a. **Ocultação, colocação ou placement-** considerada como a primeira fase do crime em que se tenta desvincular o dinheiro da sua origem ilícita, buscando disfarçar sua fonte introduzindo os valores no sistema financeiro.

Romulo Rhemo apresenta algumas maneiras de se colocar o capital na economia, podendo ser através “das instituições financeiras tradicionais – como bancos e cooperativas-, das instituições financeiras não tradicionais – casas de cambio, cassinos- e por meio da introdução na economia diária – restaurantes, hotéis, empresas aéreas-”[7].

b. Dissimulação, estratificação ou layering- Carla Veríssimo conceitua essa etapa como sendo “a criação de múltiplas camadas de transações”[8] que acabam por afastar ainda mais os valores de sua fonte irregular para assim dificultar o rastreamento do “lastro” que o dinheiro possa deixar. Nessa etapa são feitas inúmeras transações e operações financeiras sucessivas utilizando-se para isso bancos internacionais, contas e vários tipos de investimentos. Aqui se pode observar ainda mais a importância da cooperação internacional para se tentar achar a origem do dinheiro e tentar se desarticular os paraísos fiscais.

c. Integração ou integration- O dinheiro volta para os criminosos formalmente para que possam desfrutar dos valores sem levantar suspeitas das autoridades nacionais. Geralmente, se fazem investimentos imobiliários, aplicações em empresas, automóveis.

Não obstante tenha sido criada uma definição internacional padrão de tais delitos, existem casos cuja solução não parece tão evidente como, por exemplo, quando o aporte recursos provem de uma atividade que consiste na mera prestação de serviços próprios de sua profissão, é dizer, na realização daquelas atividades que, em princípio, são oferecidas a qualquer cliente que as solicite (negócios ou condutas padrão). As dúvidas sobre se essas atividades são objetivamente idôneas para integrar o tipo de lavagem se estendem, inclusive, para aqueles casos em que o autor sabe que os bens com os quais será retribuído provêm da comissão de um delito.” (Callegari, 2004, p.118-9 apud Ragués I Vallés, Ramon-Blanqueo de capitales y negocios standard, p. 163-4).

“O próprio sistema bancário tradicional fornece preciosas oportunidades à lavagem de dinheiro, ao permitir, sem maiores exigências, a abertura de contas, em alguns casos dispensando até a identificação do titular.” (Lilley, 2001)

Outrossim, os autores dos delitos se valem de diversos meios para dificultar a identificação do ato, tais como utilização de restaurantes, lanchonetes, instituições financeiras, e dos famosos “testa de ferro”.

A utilização direta desses meios abafa a suspeita, pois geralmente são instituições que tem grandes movimentações de ativos e o vazamento das informações internas se torna improvável, tendo em vista que as empresas usadas têm ligação direta com o crime.

“Afim, o dinheiro em espécie (cash) constitui-se verdadeiro problema para o crime organizado, em razão do volume físico que ocupa e de levantar suspeitas nas operações de alto valor. Assim, surge a necessidade de lavá-lo,

mediante a prática de operações financeiras que não diferem daquelas realizadas nos negócios legítimos.” (Pitombo, 2003, p.42)

Ao se estudar as fases do processo de lavagem de dinheiro, verifica-se que a partida do processo de *lavagem* (fase de ocultação) pode ser perfeitamente identificada, não sendo de fácil constatação em seu ponto final (fase de integração) (BONFIM, 2005). A complexidade das relações econômicas e financeiras permite um interminável aperfeiçoamento destas operações, com o fim de distanciar cada vez mais os valores de sua origem delitativa e o *lavador* da sanção penal.

Ressalte-se, nesse ponto, que o permanente aprimoramento dos métodos da *lavagem* de capitais, segundo a doutrina, teve sua origem com insucesso Alphonse Capone.

Historicamente, Al Capone assumiu o controle do crime organizado da cidade de Chicago, Illinois, no final da década de 1920 e fez fortuna com a venda de bebidas ilegais, terminando preso por sonegação fiscal em 1931. A falta de habilidade do *gangster* em dissimular a origem dos recursos provenientes de delitos serviu de exemplo a muitos outros chefes mafiosos, que começaram a aprimorar suas técnicas de *lavagem* (MAIA, 1999).

Com a liberalização das bebidas alcoólicas para comercialização nos Estados Unidos, as organizações criminosas passaram a centrar seus negócios nas operações relacionadas ao tráfico de drogas. Dessa maneira, surge, na década de 1930, um novo personagem, Meyer Lansky, criminoso considerado figura central para a lavagem de dinheiro, pois foi pioneiro ao incorporar uma das primeiras técnicas reais de *lavagem*, utilizando-se do sistema financeiro (MAIA, 1999).

Assim, inúmeras características são citadas pela doutrina acerca do crime de lavagem de dinheiro. Hassemer[9], em suas obras, especificou duas características que se aplicam aos crimes de *lavagem* de capitais, principalmente quando praticados por organizações criminosas. A primeira está relacionada com o fenômeno cambiante, em que a estrutura das organizações criminosas segue a tendência dos mercados nacionais e internacionais, tornando-se difícil de serem isoladas ou identificadas; a segunda trata-se da capacidade de se disfarçar ou fazer simulações, a qual está relacionada com a primeira característica.

A doutrina ainda destaca a internacionalização das atividades, haja vista que as organizações criminosas funcionam como verdadeiras transnacionais, explorando a debilidade jurídica de alguns países, elidindo a “aplicação de normas estritas, com isso a jurisdição de países que mantêm políticas severas de controle da lavagem de dinheiro” (CALLEGARI, 2003, p.40), e explorando a dificuldade de troca

de informações entre os países, é o caso dos *paraísos fiscais*. Juntamente com a internacionalização, destaca-se a vocação de permanência, haja vista que as organizações criminosas se estruturam para fazer da *lavagem* de capitais uma fase imprescindível de todo processo delitivo.

Dessa forma, estritamente relacionada ao narcotráfico, à corrupção e a outros crimes econômicos, a lavagem de ativos ilícitos tem sido considerada a principal válvula de escape para o financiamento do terrorismo, principalmente após os atentados de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, conforme doutrina de Adrienne G. N. Senna e Roberto C. Albuquerque (2003). Novas estratégias passaram a ser adotadas pela sociedade internacional para combatê-la, ciente de que poderá haver um conseqüente enfraquecimento das organizações criminosas.

O acúmulo de riqueza em organizações criminosas, relacionado com o uso abusivo do poder econômico e/ou político, pode gerar resultados catastróficos, como a capacidade dos criminosos de comprar tudo, “bens, serviços, consciências e vontades – a preços favoráveis; gozar de uma enorme margem de manobra para pressionar, influenciar, controlar e impor decisões” (CALLEGARI, 2003, p.44).

1.4.1 Natureza internacional e volume do fenômeno

O crime de “lavagem” de dinheiro é um delito que, praticamente, afeta todas as nações, em especial, tendo como principal motivo facilitador de suas práticas o fenômeno da globalização financeira.

A “lavagem” de dinheiro, como resultado de atividades criminosas, financia toda espécie de outras ações delituosas que comprometem a estabilidade interna das nações, prejudicando, assim, o processo democrático, o desenvolvimento econômico, as liberdades e garantias individuais, além de estimular a corrupção no seio da sociedade e em todos os níveis da administração estatal, uma vez que o dinheiro fácil tudo compra, de forma direta ou indireta. De forma direta, as pessoas corruptíveis, e, de forma indireta, os inocentes úteis.

Como exposto no item anterior, a lavagem de dinheiro tem caráter transnacional e sua dimensão com relação a riqueza das organizações criminosas é de proporções relevantes. Como exposto, via de regra, recursos oriundos do tráfico de drogas, prostituição, terrorismo, dentre outros, são movimentados, com frequência, de um país para outro, a fim de aproveitar as diferenças entre os regimes nacionais de combate à lavagem de dinheiro.

“Estimativas da ONU indicam uma magnitude oscilante entre 2% e 5% do PIB mundial, ou seja, entre US\$ 500 bilhões a US\$

1,5 trilhão, o que supera o PIB individual de muitos países menores.” (Krawttschuk, 2006)

Essas estimativas se referem ao volume movimentado pelos criminosos no mundo, porém há dificuldades, devido ao seu caráter, de se estimar exatamente o volume de dinheiro lavado.

Nesse sentido, Krawttschuk (2006) menciona que todo esse volume movimentado pelas organizações criminosas transnacionais representam uma ameaça à estabilidade do sistema financeiro mundial, *in verbis*:

“O prejuízo ao desenvolvimento do setor privado decorre do fato de as decisões de investimento não decorrerem de uma motivação econômica normal, visando apenas misturar o rendimento da atividade ilícita com dinheiro legítimo. Em razão disso, quem lava dinheiro oferece produtos a preços inferiores aos de mercado, ou até mesmo inferiores ao custo de fabricação, prejudicando enormemente a concorrência (em especial, os negócios que cumprem com suas obrigações tributárias, trabalhistas e sociais).”

1.4.2 Profissionalismo

O crime de lavagem de dinheiro é classificado como crime comum, podendo ser sujeito ativo qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado e a sociedade.

Todavia, os organismos mundiais de combate à lavagem de dinheiro, com base na análise das tendências e do *modus operandi* das organizações criminosas contemporâneas, chegou à conclusão de que existe uma gama extensa de pessoas físicas e jurídicas vulneráveis ao processo de reciclagem, pois que, em caráter permanente ou eventual, movimentam considerável volume de ativos. Entre tais pessoas físicas e jurídicas sujeitas à lei estão as instituições financeiras, entidades seguradoras, de capitalização, distribuidoras de prêmios, administradoras de cartões de crédito, agentes do ramo imobiliário e de comércio de jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte, antiguidades e bens de luxo ou de alto valor.

Não resta dúvida que o setor financeiro apresenta as maiores vulnerabilidades diante do processo de lavagem, tanto pelo volume de recursos movimentados como pelo número elevado de operações realizadas. Entretanto, graças à intensa regulamentação, supervisão e controle exercidos pelas autoridades bancárias centrais, inclusive pelas instituições financeiras internacionais e outras,

como o Comitê de Basiléia, a Associação Internacional de Supervisores de Seguros e a Organização Internacional de Bolsas de Valores, cada uma com seu conjunto de "princípios fundamentais", o setor financeiro logrou ampliar a vigilância, reduzir o potencial desestabilizador dos processos de lavagem e dificultar a capitalização do crime organizado. Evidentemente que tais esforços redundam em benefício do próprio sistema financeiro, que fortalece sua boa imagem, reforça sua credibilidade e salvaguarda sua capacidade operacional.

Na medida em que o sistema financeiro passa a aplicar com maior rigor as medidas de controle e vigilância, o processo de lavagem tende a se deslocar para outros setores menos controlados e estruturados e com menor capacidade de diferenciar as operações lícitas das operações ilícitas. Daí a razão para a multiplicidade de "sujeitos obrigados" que são enumerados, via de regra, nas legislações locais de prevenção à lavagem de dinheiro.

O exercício de tipologias realizado no âmbito do GAFI/FATF coloca em evidência os setores que são ou se tornam mais vulneráveis às atividades ilícitas da lavagem de dinheiro. Tendo em conta a natureza dinâmica do processo de lavagem, o exercício de tipologias realizado no âmbito do grupo regional denominado GAFISUD objetiva, precisamente, detectar as tendências e métodos com maior índice de ocorrência na região, inclusive o grau de "profissionalismo" e sofisticação dos criminosos ou seus prepostos e os setores financeiros e econômicos mais visados para a prática da reciclagem de ativos. Resulta, portanto, que o número de sujeitos obrigados a comunicar operações suspeitas tenderá a aumentar, na medida em que os setores atualmente regulados dificultarem o desenvolvimento da indústria da lavagem de dinheiro.

O envolvimento de profissionais e escritórios especializados em assuntos financeiros e legais nos mais diversos esquemas de lavagem de dinheiro tem sido fartamente documentado nos exercícios de tipologias do crime realizados no âmbito do GAFI/FATF e dos grupos regionais assemelhados.

Assiste-se, de fato, ao desenvolvimento de uma nova classe de profissionais do crime, cujos negócios prosperam na medida em que descobrem e adotam novos métodos e técnicas sofisticados de lavagem de dinheiro para fugir ou evitar os controles e as medidas destinadas a seu combate.

1.5. Fatores que favorecem o desenvolvimento

1.5.1 Globalização Econômica mundial

Em decorrência do fim da bipolaridade mundial, ou seja, o fim da Guerra Fria, surgem novos parâmetros de liberdade econômica e democracia, espalhando-se por todo o mundo. Houve a diminuição das barreiras políticas e econômicas, como consequência, ocorreu a expansão comercial, a maior movimentação de pessoas e do fluxo de capitais entre os países, assim sendo, o mundo tornou-se globalizado.

Nesse sentido, Marcelo Fernandes de Oliveira (2003, p. 23) destaca que

os policymakers norte-americanos deram início à formulação de uma estratégia de recondução dos Estados Unidos ao seu papel hegemônico e estabilizador no sistema internacional, prontamente acompanhados pela Europa ocidental e pelo Japão, estratégia essa baseada na adoção de práticas econômicas, políticas e ideológicas com suposto valor universal, que se convencionou denominar medidas neoliberais: na globalização financeira; na reestruturação produtiva das grandes corporações transnacionais; na retomada da guerra fria; na incorporação de idéias-base com suposto valor universal; e na integração regional como estratégia de política externa nacional para regular os fluxos econômicos, sociais e culturais emergentes, configurando assim uma nova realidade internacional denominada globalização multidimensional em razão de suas diversas dimensões: econômica, política, militar, cultural, social etc

Assim, com o fenômeno da globalização, as relações internacionais foram modificadas, uma vez que existem, neste contexto, atores e ações que ultrapassam os horizontes dos Estados nacionais. Dessa forma, pode-se pensar que todo o planeta adquiriu uma unidade. Globalização pode ser definida como o processo pelo qual agências e termos de referência centrados no Estado são dissolvidos em favor de uma estrutura de relações entre diferentes atores operando em um contexto que é realmente global e não meramente internacional (EVANS; NEWNHAM, 1998, p. 201). A expansão de diversas dimensões globalizacionais em nível multidimensional propiciou a articulação entre elas, ao mesmo tempo em que proporcionou a retomada do papel hegemônico dos Estados Unidos da América no sistema internacional a partir da década de 1990.

Inferese, portanto que, com tal processo, o espaço para as atividades de novos atores foi alargado, num contexto piramidal horizontal, que ascendeu mundialmente, atuando na direção da busca pela constituição de uma sociedade internacional transnacionalizada (OLIVEIRA, 2003, p. 23).

Cada vez mais, no entanto, o que preocupa muitos pesquisadores no século XX, em particular depois da Segunda Guerra Mundial, é o conhecimento das realidades internacionais emergentes, ou realidades propriamente mundiais. Sem deixar de continuar a contemplar a sociedade nacional, em suas mais diversas configurações, muitos empenham-se em desvendar as relações, os processos e as estruturas que transcendem o Estado - Nação, desde os subalternos aos dominantes. Empenham-se em desvendar os nexos políticos, econômicos, geoeconômicos, geopolíticos, culturais, religiosos, linguísticos, étnicos, raciais e todos os que articulam e tencionam as sociedades nacionais, em âmbito internacional, regional, multinacional, transnacional ou mundial (IANNI, 2006).

Não há de se questionar que a Globalização proporciona diversos benefícios ao desenvolvimento econômico mundial. Traduz uma idéia de internacionalização das relações entre os Estados e povos, que se reflete na economia, política e negócios. O avanço da tecnologia, a internet, a integração financeira, rapidez e facilidade nas transações internacionais, sofisticação dos meios de comunicação e eletrônicos possibilitam mais agilidade na movimentação de ativos financeiros e operações dinâmicas através do mundo.

No que tange à economia, esta se tornou internacionalizada levando o comércio e o capital a uma rápida mobilidade, espelhando os acordos internacionais, a formação dos grupos econômicos como o Mercado Comum do Cone Sul (MERCOSUL), a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), União Europeia (UE), a Associação Econômica do Sudeste Asiático (ASEAN), dentre outros. A partir deste cenário, o mundo tornou-se globalizado, e mais interdependente.

Com a globalização e a internacionalização da economia, a lavagem de dinheiro encontrou mais espaço para se proliferar, também considerando que houve um proporcional aperfeiçoamento das práticas criminosas existentes com relação a globalização. Em sua grande parte, as operações de lavagem de dinheiro se dão por meio dos sistemas financeiros dos países e nos mais diversos setores da economia que movimentam grandes volumes de dinheiro, isso devido ao fato da possibilidade de rápida transferência de fundos para qualquer lugar do mundo com agilidade e facilidade.

Essas considerações são balizadas por Luis Andrade,

[...] os criminosos têm hoje uma capacidade sem precedentes para, através do recurso a computadores, obter, processar e proteger informação, ultrapassando todos os esforços das forças policiais e de segurança. Podem mesmo utilizar as capacidades interativas de computadores de grande porte e de sistemas de telecomunicações para desenvolver estratégias de comercialização para drogas e outros bens de consumo ilícito. Ou para encontrar as rotas e métodos mais eficientes para introduzir e movimentar dinheiro nos sistemas financeiros mundiais, sendo capazes de criar rastros falsos para evitar a eventual detecção pelas estruturas de segurança. Também podem tirar partido da velocidade e magnitude das transações financeiras e do fato de que, na realidade, poucos obstáculos existem que, de forma eficaz, evitem processar grandes quantidades de dinheiro sem detecção. (ANDRADE, 2004, p. 1).

Destarte, com a globalização, com a liberalização comercial e abertura das fronteiras, ocorreu o desenvolvimento das corporações multinacionais. Todos esses acontecimentos foram utilizados pelo crime organizado, que passou a ser um fenômeno de âmbito internacional, pois os criminosos tiraram proveito das diversas formas da globalização. Enquanto sobre as empresas lícitas recaem restrições de normas e regulamentações, tanto a nível interno como externo, as redes criminosas internacionais, por intermédio da corrupção, agem com chantagem e intimidação, burlando as leis e desenvolvendo-se. Nessa mesma linha, Krawctschuk salienta que:

“Dentre outros fenômenos que caracterizam o cenário internacional, a globalização da economia e do comércio trouxe novas oportunidades para a lavagem de dinheiro, de tal forma que o combate eficaz a essa modalidade de crime constitui perene desafio aos organismos nacionais e internacionais” (Krawctschuk, 2006).

Infere-se, portanto, que o crime organizado tira proveito das facilidades que o fenômeno da globalização proporcionou, para fazer o tráfico de armas, drogas e outros produtos de seus interesses. A economia mais aberta traz, também, a oportunidade para estes grupos criminosos registrarem companhias de fachada, as quais praticam negociações quase legais, para ter como fim o contrabando, a “lavagem” de dinheiro, a pirataria, a fraude financeira e outras espécies de crimes. Em suma, a rede criminosa tornou-se mais sofisticada devido ao avanço tecnológico e à globalização..

1.5.2 A liberalização dos movimentos de capitais e a desregulamentação bancária

Como exposto nos itens anteriores, as instituições financeiras são um dos setores mais visados pelas organizações criminosas para a realização de operações de lavagem de dinheiro.

“A razão disso é que o sistema financeiro oferece uma vasta gama de produtos e serviços que permitem, com facilidade, a realização de operações para distanciar os recursos da sua origem”. (Banco Central do Brasil, 2009)

Além disso, a circulação do dinheiro pode ser feita com grande velocidade, tanto no país como do e para o exterior, graças as novas tecnologias e a globalização dos serviços financeiros. Também, as redes mundiais que interligam computadores, como a internet, favorecem este processo. Leobet e Caparelli (2010) escrevem que os bancos são, disparados, os instrumentos preferidos pelas quadrilhas para a lavagem de dinheiro.

Como é notório, grande parte dos criminosos se vale dos sistemas bancários para realização da lavagem de dinheiro em razão do sigilo bancário que reveste tais operações.

Nesse sentido, a mundialização financeira tem como um dos principais fundamentos a manutenção de ambientes políticos e econômicos propícios ao investimento privado, caracterizados pela ausência de controles dos meios de pagamentos internacionais e permissão do livre fluxo de capitais através do sistema financeiro

A desregulamentação do mercado financeiro, um dos pilares da globalização econômica, acarretou a adoção de convenções internacionais de livre câmbio com o objetivo de promover e facilitar as trocas cambiais entre os países. Entretanto, a eliminação das fronteiras financeiras também abriu caminho para a circulação internacional de dinheiro sujo, que utiliza os mesmos circuitos criados pelo sistema bancário internacional para promover o livre fluxo de investimentos e a adequada repatriação dos lucros obtidos.

Atualmente, o fluxo diário de transações financeiras mundiais excede as reservas em moeda estrangeira das sete maiores potências industriais somadas, ou seja, mais de um trilhão de dólares por dia (CHOMSKY, 2006, pg 26), sendo

impossível a qualquer estrutura de controle identificar e separar neste imenso volume de operações aquelas cujos recursos possuem origem ilícita.

Por outro lado, o controle da origem dos investimentos internacionais está relegado à segunda ordem de prioridade, tendo em vista a dependência do capital estrangeiro a qual estão submetidas as economias nacionais, sendo este fluxo atualmente indispensável para a manutenção do equilíbrio das balanças de pagamento dos países. Ressalte-se, também, que a captação do capital externo é condicionada à liberdade concedida a este mesmo capital de poder sair do país investido sem qualquer dificuldade ou barreira.

Assim, o movimento mundial de desregulamentação cambial se materializa nos sistemas jurídicos nacionais pela ausência de quaisquer restrições legais para a compra e venda de moeda estrangeira, na permissão de remeter divisas ao exterior e trazê-las de volta, baseada, na autorização explícita das pessoas físicas e empresas de comprar e manter ativos fora do país, bem como na possibilidade de residentes e não-residentes manterem conta, no país, em moeda estrangeira (SOUZA, 2007, p. 4).

Se, por um lado, a eliminação dos controles cambiais reduziu o volume da evasão de divisa (fuga de capitais), pois o fluxo financeiro que cruza as fronteiras, antes ilegal, agora é lícito (WOODIWISS, 2006, p. 241), por outro, abriu uma série de oportunidades e mecanismos a serem exploradas pelos lavadores profissionais, que hoje podem retirar facilmente o dinheiro sujo do país de origem e ocultá-lo no interior do sistema financeiro internacional.

Assim, infelizmente, as instituições financeiras acabam por oferecerem uma ampla gama de serviços que podem ser usados pelos lavadores de dinheiro.

1.5.3 Revolução Tecnológica

Com o advento da globalização, o capital internacional passou a freqüentar os mais diversos ambientes financeiros do planeta, e junto com ele, a parcela referente ao crime organizado internacional. A Internet veio a permitir transações de toda a parte do mundo sem necessidade de nenhuma identificação, em frações de segundo, criando a necessidade de novas medidas de fiscalização e regulação destas operações. A tendência liberalizante para a movimentação do capital, assim como a existência de paraísos fiscais e mesmo de países que permitem a circulação de capitais sem maiores preocupações com sua origem, completam o cenário que torna cada vez mais complexo o processo de combate à lavagem de capitais.

Considerando o alto poder aquisitivo das organizações criminosas, fazem parte delas profissionais altamente qualificados, nas mais diversas áreas de atuação e capacitados para prestar-lhes serviços de tudo o que há de mais moderno e sofisticado em termos de informação e tecnologia. Acordando a união destes fatores, eles garantem, dentre outros benefícios, uma vasta opções de investimentos dos quais, constantemente, envolvem mais de um setor econômico.

Sobre estes aspectos, assim se manifestaram os estudiosos.

“Importante termos em conta, em conformidade com as lições de Hélio Jaguaribe, que neste final do século XX inicia-se o fenômeno da globalização, o qual ‘foi provocado pela revolução tecnológica das três últimas décadas do 14 século’, que, criando condições para a comunicação instantânea com todo o planeta, transporte de longo curso extremamente rápido, estreita interligação de todas as sociedades não-primitivas e a acumulação em mãos particulares de uma massa financeira de muitos bilhões de dólares, que podiam ser transferidos instantaneamente de um mercado para outro, conforme as expectativas de ganho”(JAGUARIBE apud CASTELLAR, op.cit., p.107) “Conseqüência deste novo quadro foi o vertiginoso incremento no âmbito das transações financeiras internacionais, da movimentação das estratosféricas somas de dinheiro oriundo do comércio de drogas, sem que sofressem qualquer forma de controle, muito menos tributação, dada a sua óbvia clandestinidade”. (CASTELLAR, op. cit., p. 106)

“A globalização dos mercados e dos fluxos financeiros, é evidenciada ao máximo na estonteante ascensão da Internet. A criação de um mercado único significa que o dinheiro (não importando seu pedigree) pode viajar ao redor do mundo em nanossegundos, tornando assim lugar-comum seus saltos sobre múltiplas jurisdições. A lavagem de dinheiro virtual é uma realidade. Como proclamou a publicidade de uma recente conferência (que não versava sobre a lavagem de dinheiro, apresso-me a informar, mas sim sobre a nova economia global), ‘Novas regras. Nada de fronteiras. Você está preparado para ser global?’” (LILLEY, op. cit., p. 13) “Além disso, muitos países pequenos, assolados pela pobreza e por dívidas, buscaram salvação em novas alternativas econômicas. Estas incluem o turismo e, agora, a oferta de serviços financeiros exteriores (offshore). A transferência de recursos para estes últimos criou uma infinidade de oportunidades para os criminosos, tanto para disfarçar

a origem dos fundos quanto para coloca-los fora do alcance das jurisdições ocidentais.” (LILLEY, op. cit., p. 14)

Nesse sentido, um exemplo atual de lavagem de dinheiro por meio da internet e a utilização de “bitcoin”. O Bitcoin, moeda digital que permite a propriedade e transferências anônimas de valores via internet, acumula em sua curta vida muita polêmica tecnológica e financeira.

Criada em 2009 por um programador que usava o pseudônimo de Satoshi Nakamoto, tal “moeda” permite que recursos sejam enviados pela internet para qualquer pessoa via contas na internet, ou seja, sua emissão não está sujeita a uma instituição ou governo, como ocorre com as moedas tradicionais.

A moeda virtual passou a ser comprada e vendida no mercado por meio de corretoras especializadas, como a Mt.Gox. De acordo com o site da corretora, um Bitcoin vale hoje US\$ 136.

Mas muitos estudiosos alertam para os riscos do sistema, que funciona à parte de controles e das autoridades. Alguns acreditam que o Bitcoin pode ser um esquema de pirâmide. Outros, acusam o sistema de permitir a compra e venda de drogas e lavagem de dinheiro no mercado negro da internet, conhecido como “Deep Web”.

Entre 2011 e 2012, Trendon Shavers, criador da empresa Bitcoin Saving & Trust, foi acusado de usar a moeda para enganar investidores, que queriam ganhar dinheiro fácil rapidamente. Segundo o juiz do caso, Shavers usava os Bitcoins dos investidores mais novos para pagar os mais antigos, ficando com uma parcela na operação. Na época, Shavers conseguiu levantar 700 mil Bitcoins, que valiam US\$ 4,5 milhões, e desviou cerca de 150 mil Bitcoins.

1.5.4 O desenvolvimento de modelos de crime organizado

A pesquisadora escocesa Alison Jamieson, especialista em criminalidade organizada mafiosa, analisa dados do Fundo Monetário Internacional (FMI) para indicar que perto de US\$ 1 trilhão, provenientes de atividades criminosas, circulam diariamente nos mercados financeiros.

Ainda no campo das estimativas, o Fundo Monetário Internacional (FMI) calcula que “o negócio mundial de lavagem de dinheiro movimentava entre US\$ 500 bilhões e US\$ 1,5 trilhão de dólares por ano – um valor equivalente a 5% da produção mundial, a mais de um quarto do comércio internacional de mercadorias ou ao PIB do Reino Unido” (CC, cit. p. 28). Evidentemente que essa cifra inclui

narcotráfico, outras modalidades do crime organizado, corrupção política e a sonegação fiscal. Há os disparates do tipo: “Sozinha, a Ilha Jersey concentra aplicações num valor total de US\$ 600 bilhões – mais que o PIB brasileiro” (CC, cit., p. 28).

A ONU, por outro lado, aponta um mercado mundial de drogas ilícitas maior que a toda a indústria do petróleo, movimentando por ano mais de US\$ 400 bilhões de dólares. Esse volume elevado de recursos financeiros gerados pelo crime organizado precisa ser ocultado, dissimulado e integrado à atividade econômica lícita. Diante dessa constatação, é possível afirmar que “as máfias deixaram de ser um assunto de polícia para se tornarem uma questão geopolítica e financeira de primeira grandeza.” (ARBEX JR e TOGNOLLI, 1998, p. 32)

Sobre o crime organizado, causa maior da existência do fenômeno da lavagem, é consensual seu crescimento e sua sofisticação organizacional e tecnológica. Sobre este fato, assim se manifestaram os autores:

“Sem dúvida, a questão da criminalidade organizada atingiu tal grau de complexidade estrutural, material e de penetração político-social que os procedimentos preventivos e repressivos, tidos no passado como eficientes, se tornaram absolutamente ultrapassados. Houve uma alteração substancial na quantidade e na qualidade dos crimes e, por conseguinte, impressionante aumento dos ganhos ilícitos pelas organizações criminosas. Investigações da política e estudos do Ministério Público revelam que uma das características marcantes das organizações criminosas consiste na sua estrutura organizacional estável, operando em geral e forma sistemática, com divisão de tarefas que visam obtenção de vantagens econômicas, políticas e sociais, mediante a utilização de métodos que mesclam a seqüência de atos cobertos sucessivamente por ilicitude e licitude. Geralmente apoiadas em suporte tecnológico avançadíssimo e com gestão similar às grandes empresas idôneas, pode-se dizer que, do ponto de vista estrutural, é comum as organizações criminosas apresentarem as seguintes características: a) estrutura hierárquico-piramidal, estabelecida no mínimo em três níveis, com a presença de um chefe, sub-chefe/conselheiro, gerentes e partícipes de outros escalões subalternos; b) divisão de tarefas entre os membros da organização, como decorrência da diversificação de atividades; c) restrição dos componentes

apenas a pessoas de absoluta confiança, para melhor controlar a atuação individual; d) envolvimento de agentes públicos; e) busca constante de lucro e poder; f) “lavagem” do capital obtido ilicitamente.”(BARROS, op.cit, p. 35)

Assim, enquanto os Estados nacionais buscam uma saída, via cooperação estratégica internacional, que seja mais eficaz à prevenção, combate e repressão ao crime organizado, através de organismos multilaterais como a ONU, as organizações criminosas transitam pelos paraísos fiscais e novas rotas, deixando para trás – definitivamente – a metáfora dos tempos de Al Capone: lavanderia, padaria de esquina, casas de jogos de azar... são coisas do passado.

A rede mundial de computadores (Internet), as chamadas redes internas das organizações (Intranets) e demais similares que a compõe mundialmente é também suporte para as transações do crime organizado. MAIEROVITCH (CC, cit., p. 30) vai dizer que a maior rede mundial de lavagem é a SWIFT:

Em 1973, as 250 maiores instituições financeiras da Europa e dos Estados Unidos criaram uma cooperativa com o nome de Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication. Ou simplesmente Swift:

A rede cobre todo o territórios dos Estados Unidos, Japão e Europa Ocidental, além de países da América Latina, entre eles o Brasil. Basta uma ordem e uma senha Swift para que o dinheiro saia de uma zona offshore (Bahamas, por exemplo) e entre em bancos em Viena, Frankfurt ou Miami.

O que se pode chamar de “desterritorialização” do crime organizado remete a uma nova compreensão do fenômeno da lavagem internacional, que agora transita, sobretudo a partir dos anos 1990, pelas estações virtuais. No entanto, há ainda quem esteja operando na era do fax, como relata MAIEROVITCH:

No Oriente Médio, terroristas e criminosos ainda usam a rede conhecida por Hawala, primitiva, pela qual é possível transferir recursos sem que seja necessário identificar o dono e o destino. As confirmações da transferência são feitas por meio de fax (a página é destruída após o OK do correntista). Esquemas assim seriam utilizados por Bin Laden e pelos seguidores de Alspalan Tuerkes, um dos líderes da máfia turca, que controla o tráfico de heroína e de armas na Europa Oriental. (CartaCapital, cit. p. 31)

É notório, portanto, que crime organizado se adaptara, rápida e eficientemente aos novos tempos de globalização econômica, causando danos gigantes às economias nacionais e aos estados:

As organizações criminais se ajustaram ao processo de globalização da economia, o qual implica um fluxo relativamente livre de capitais através de sistemas informatizados. Em outros termos, as dimensões e as formas de organização do crime no mundo contemporâneo nada têm a ver com aquilo que existia há duas ou três décadas. Comparado com os atuais chefes do crime, Al Capone, por exemplo, não passou de um salteador de quintal. Calcula-se que a fortuna de Capone não superou os US\$ 40 milhões, o que é muito dinheiro, mas nada que se compare aos bilhões movimentados atualmente pelas máfias. (ARBEX JR. e TOGNOLLI, 1998, p. 214)

1.6 A criminalização da lavagem

Diante do avanço da criminalidade na nova ordem mundial estabelecida no final do século passado, as nações, percebendo a ameaça que tal fato fazia surgir, começaram a desenvolver estratégias e medidas para combatê-lo. Uma das maneiras de lutar contra o crime organizado, tendo em vista a dificuldade em reprimir diretamente a atividade criminosa, foi a de dificultar a livre circulação do dinheiro proveniente da mesma, transformando em crime o processo de disfarce deste dinheiro, ou seja, criminalizando a chamada lavagem de dinheiro.

A maioria dos países da comunidade internacional, liderados pelos Estados Unidos, tendo como motivação principal o combate às drogas, criaram leis contra a lavagem de capitais, a partir da Convenção de Viena, em 1988, que instituiu o compromisso internacional para a criminalização da conduta.

Assim, as autoridades aprofundaram a fiscalização do sistema financeiro provocando alguns golpes nas máfias da lavagem de dinheiro. Foram realizados estudos que destacaram o quanto estavam ameaçados a segurança e os negócios bancários pela rede criminosa em todo o mundo. Foram criadas várias organizações para combater a lavagem de dinheiro destacandose a Força Tarefa de Ação Financeira, (FATF), criada pelo G-7, em 1989, sendo constituída por 33 países, inclusive o Brasil. Seu trabalho mais conhecido são as "40 Recomendações"¹ que devem servir de paradigma aos diversos países para estabelecer sua legislação e seus programas contra a lavagem de capitais. Como conseqüência deste esforço

desenvolvido pela FATF são criadas as Unidades Financeiras de Inteligência FIU (Financial Intelligence Unit), que são agências nacionais responsáveis por coordenar o combate à lavagem de capitais.

Assim, a criminalização da lavagem de dinheiro inicia-se com a edição da Convenção de Viena (1988). Doze anos depois, a Convenção de Palermo (2000) amplia o rol de condutas passíveis da lavagem de dinheiro para além do tráfico de drogas, como forma de enfrentar as organizações criminosas. E por último, a Convenção de Mérida (2003), dispõe sobre a criminalização da lavagem de capitais como arma apta a confrontar e dissuadir a corrupção.

1.7. Conceito jurídico penal de lavagem

Como é notório, a função primordial do Direito Penal e a de tutelar determinados bens jurídicos considerados como vitais pela sociedade em um dado momento histórico contra condutas tidas como reprováveis (dotadas de danosidade concreta ou potencial), mediante a elaboração de normas que impõem sanções para aqueles agentes que praticarem ou auxiliarem de qualquer forma no cometimento de ações ou omissões típicas descritas nos preceitos primários incriminadores dos dispositivos criminais (principio da legalidade), tentando desencoraja-los (prevenção geral e especial).

Trata-se de um controle jurídico-social exercido pela legislação penal (*jus puniendi in abstracto*) destinado, como *ultima ratio* (intervenção mínima e subsidiariedade), a estender sua proteção a interesses reputados como imprescindíveis pelo corpo social. Com efeito, o Estado não pode deixar desprotegido determinados interesses entendidos como relevantes, devendo pautar sua intervenção mediante a elaboração de normativos que estabeleçam uma sanção justa, extraída de uma análise equilibrada (proporcional e razoável) entre a conduta a ser tipificada legalmente e a lesão ao interesse a ser tutelado, como forma de atribuir a cada um o que lhe é devido, em sua exata medida.

No que tange ao conceito jurídico penal de lavagem de dinheiro, a doutrina é clara ao prever que:

La mayoría de los textos internacionales y de los autores que han estudiado esta materia coinciden

a la hora de afirmar que los objetivos perseguidos con el blanqueo son la ocultación de las ganancias del delito y la introducción de las mismas en la economía legal. Pero la forma

de entender la relación entre esas dos metas del blanqueo varía en las distintas definiciones.

a. Así, algunos se centran en la intención de ocultar el origen de los fondos, siendo la introducción de los capitales en los círculos económicos legales una consecuencia supeditada a ese objetivo prioritario.

b. Por el contrario, otros autores resaltan la intención de incorporar los fondos ilícitamente obtenidos al tráfico económico legal. Para ellos, la ocultación de ese origen de los fondos es tan sólo una condición para su pacífico disfrute.

c. Tampoco faltan quienes aúnan ambas perspectivas, exigiendo tanto la voluntad de invertir los fondos en la economía legal, como la de encubrir su origen.

En mi opinión una adecuada definición de blanqueo pasa por centrarnos en *la incorporación de los capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales.*

1.8 Bem jurídico protegido

Bem jurídico quer dizer aquilo que um ordenamento jurídico, uma lei, protege contra qualquer tipo de ameaça ou violação.

No que tange à lavagem de dinheiro, primeiro se tutelou no combate ao crime de lavagem de dinheiro, a saúde pública, haja vista, com a realização da Convenção de Viena em 1988, ficou estabelecido que por ser a lavagem um delito subsequente ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, e que este violava a saúde pública, a lavagem também passou a ser definida neste sentido.

Mas após a publicação das (40) quarenta recomendações do GAFI, mostrou este órgão internacional que a saúde pública, não poderia mais ser o bem jurídico tutelado pela lei que venha a regulamentar o crime de lavagem de dinheiro, pois este delito transnacional viola a Ordem Econômica e Financeira, e, não mais a saúde pública.

Neste mesmo diapasão se posiciona Willian Terra de Oliveira, alegando que

Em razão das graves conseqüências para o sistema econômico-financeiro (tais como o comprometimento do normal fluxo de capitais, a concorrência desleal, a criação de

monopólios ou grupos dominantes, a poucas, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção, etc.), a lavagem de dinheiro é tida por boa parte da doutrina como uma categoria delitiva que atenta contra a segurança da ordem economia-financeira, motivo pelo qual, o bem jurídico protegido pela lei é o sistema financeiro^[14].

Outra corrente sustenta que o bem jurídico a ser tutelado, é a administração da justiça, devido, o crime de lavagem de capital, em sua segunda fase, ou seja, a dissimulação prejudica em demasia a atividade da polícia judiciária (federal e civil) no combate a este crime, evitando o funcionamento desta, haja vista, a dissimulação do dinheiro sujo oculta a sua origem ilícita, dificultando assim o seu rastreamento.

Defensor desta corrente, Rodolfo Tigre Maia assim a define:

Os comportamentos incriminados vulneram o interesse estatal em identificar a proveniência de bens e os sujeitos ativos de ilícitos que os geraram, em desestimular a sua prática, em reprimir a fruição de seus produtos e em lograr a punição de seus autores, e desta forma podem afetar o regular funcionamento da justiça. Ao mesmo tempo, nos delitos antecedentes, de repercussão também na esfera econômica ou patrimonial, cuida-se de impedir que o criminoso promova o maior, distanciamento dos bens obtidos de seus legítimos titulares

estarte, mesmo não tendo sido a corrente majoritária, faz sentido a fundamentação trazida acima pelo doutrinador supra, pois realmente fere o exercício da administração da justiça, o seu eficaz funcionamento, devido a ocultação da origem delitiva do dinheiro sujo a partir do momento em que se realizam a dissimulação do mesmo e depois sua integração na economia legal.

2.2.3 Sujeito Passivo

Em primeira análise o sujeito passivo é o próprio Estado e pode ser também o sujeito que sofreu prejuízo, de acordo com Baltazar Junior (2006). Já Mendroni (2006, p. 33) complementa afirmando que "é a sociedade ou a comunidade local, pelo abalo das estruturas econômicas e sociais, além da segurança e da soberania dos Estados".

2.2.4 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Baltazar Junior (2006) menciona a Recomendação 2 item b das 40 recomendações do GAFI:

A responsabilidade criminal e, quando ela não seja possível, a responsabilidade civil ou administrativa, deveriam aplicar-se às pessoas coletivas. Tal não deve excluir os procedimentos paralelos de natureza criminal, civil ou administrativa aplicáveis a pessoas coletivas, em países onde tais formas de responsabilidade se encontrem previstas. As pessoas coletivas deveriam estar sujeitas a sanções eficazes, proporcionadas e dissuasivas. Estas medidas não deveriam prejudicar a responsabilidade criminal das pessoas singulares.

Apesar de recomendado pelo GAFI o Brasil não adotou responsabilidade penal para as Pessoas Jurídicas, porém a aplicabilidade de sanções administrativas previstas em lei deixa o país de acordo com esta recomendação.

2.2.5 Consumação e Tentativa

Afirma Pitombo (2003 apud BALTAZAR JUNIOR 2006, p. 409) “é irrelevante para a configuração do crime de lavagem de dinheiro que o crime antecedente tenha sido apenas tentado, desde que, nesse processo, tenham sido produzidos bens aptos a ser lavados”.

Mendroni (2006) complementa que a lavagem de dinheiro ocorre assim que um agente comete um dos tipos penais previstos no art 1o da lei. Não é exigido que se cumpram todas as etapas do processo, colocação, ocultação e integração.

A tentativa está prevista no §3o do art 1o e também é punida, nos moldes do artigo 14 do Código Penal.

1.8. Linha de Ação

1.8.1 Apreensão e confisco de bens

Desde a Convenção de Viena de 1988, quando o Brasil aderiu a tal acordo, já era possível a inversão do ônus da prova em relação aos produtos adquiridos através do tráfico ilícito de drogas.

A Convenção de Viena no seu art. 5º, item 7, estabelece: “As partes podem considerar a possibilidade de inverter o ônus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam”.

1.8.2 Assistência Judicial Internacional

Segundo Cervivi (2003), a declaração dos Princípios Básicos da Basiléia para a Fiscalização Bancária Eficaz é um documento sem força legal que objetiva melhorar a fiscalização do setor financeiro internacional, buscando uma efetiva supervisão e administração dos bancos. Esta carta de princípios é hoje considerada um dos pilares no combate ao crime de lavagem de dinheiro uma vez que busca impedir e prevenir a utilização das transações bancárias no processo de lavagem¹⁰, através de uma fiscalização local e remota.

Mendroni (2006), diz que em 1990, o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) apresentou as suas Quarenta Recomendações. Como recomendações, estas não tinham caráter obrigatório e regulavam questões no âmbito penal, financeiro e de cooperação internacional.

Também segundo o autor, no âmbito da América do Sul, surgiu o Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra Lavagem de Ativos (GAFISUD), um grupo regional contra a lavagem de dinheiro, que objetiva ampliar as ações do GAFI nos países que o compõe.

1.8.3 Regime de prevenção e sanções administrativas

Por ser um processo de transformação do dinheiro ilícito em dinheiro “limpo”, a lavagem de dinheiro é uma etapa da atividade criminosa que permite aos criminosos a utilização do dinheiro obtido ilicitamente.

Dentro da economia esses recursos de origem criminosa criam um mercado especulativo, sem nenhum compromisso com o crescimento e o desenvolvimento, muitas vezes refinanciando o crime.

A lavagem de dinheiro é considerada crime transnacional, já que não se atém as fronteiras e por essa razão, tem crescido a preocupação internacional com a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro. Foi a partir dos anos 90 que se difundiu em conferências internacionais a preocupação com os aspectos práticos do combate a esse crime.

De acordo com Banco do Brasil (2009), um marco foi a Convenção de Viena, e desde então diversos países têm tipificado o crime de lavagem de dinheiro e criado agências governamentais responsáveis pelo combate a esse crime. Tais agências são mundialmente conhecidas como Financial Intelligence Unit (FIU) e têm como função estabelecer um mecanismo de prevenção e controle do crime de

lavagem de dinheiro por meio da proteção dos setores financeiros e comerciais propensos a serem utilizados em operações ilegais.

A comunicação dos indícios da lavagem de dinheiro é uma das modalidades de informação que são transmitidas diretamente aos órgãos reguladores que a repassam aos órgãos supervisores competentes COAF, BACEN, SPC, CVM. As comunicações podem ser originárias das mais diversas fontes: órgãos públicos, federais e estaduais, mas na sua maioria, procedem da rede bancária.

A sociedade, os países e as organizações empresariais vêm unindo forças no combate ao crime de lavagem de dinheiro. A percepção de que o tráfico de drogas e os seus desdobramentos, como a lavagem de dinheiro, tomaram proporções alarmantes levou os países a se mobilizarem em prol de uma “estratégia” conjunta de combate àquele crime.

2. MODUS OPERANDI

2.1 Etapas da lavagem de dinheiro

Inicialmente, cabe observar que a conduta da Lavagem de dinheiro é composta por diversos atos interligados, ou seja, é uma pluralidade de comportamentos destinados à conversão de valores e bens ilícitos em capitais “limpos”, e disponíveis aos seus titulares. Nesse sentido, COSTA JUNIOR, 2000, p.21 salienta que:

Atualmente, tais atos encontram-se dotados de enorme complexidade e verdadeira sofisticação, principalmente após o advento do “dinheiro de plástico”, ou “dinheiro eletrônico”. À medida em que os sistemas eletrônicos tornaram-se mais complexos para saques, transferência de dinheiro entre contas correntes e pagamentos automáticos, são operações corriqueiras efetuadas pelas organizações criminosas mais sofisticadas, as quais começaram a explorar ainda mais este setor”

Segundo Mink (2005), para que o dinheiro ilícito proveniente dos crimes possa ser disfarçado e transformado em lícito sem que haja comprometimento dos envolvidos, é necessário que a lavagem de dinheiro se dê mediante um processo dinâmico composto por algumas fases: o afastamento das divisas de sua origem, dificultando uma ligação direta deles com o crime; o disfarce de suas variadas transações a fim de dificultar o rastreamento desses recursos; o retorno do dinheiro

aos criminosos após ele ter sido movimentado no ciclo de lavagem até por fim poder ser considerado "limpo".

Inferre-se, portanto, que existem na doutrina, diversas etapas enumeradas para o delito de lavagem de dinheiro. A mais comum e aceita pela doutrina é a classificação de criação norte-americana, que se compõe de três etapas: colocação, ocultação ou estratificação e integração. É um processo dinâmico em que suas etapas podem ou não ocorrer simultaneamente (BRAGA; LIMA, 2009).

"Podemos aceitar, como regra geral, a idéia de que a lavagem possui algumas fases típicas, as quais podem ser sintetizadas em três momentos fundamentais e comuns: a) a inclusão do dinheiro sujo no sistema financeiro; b) a ocultação da efetiva origem e referência disto; c) o reinvestimento, como dinheiro aparentemente limpo e insuspeito".

A colocação, primeira etapa, consiste no ingresso dos recursos ilícitos no sistema econômico. Para isso, são realizadas as mais diversas operações, como, por exemplo: depósitos em contas correntes bancárias; compra de produtos e serviços financeiros, como títulos de capitalização, previdência privada e seguros; aplicações em depósito a prazo, poupança, fundos de investimento; compra de bens, como imóveis, ouro, pedras preciosas, obras de arte.

A etapa de colocação é também conhecida por "*placement*" ou *conversão*, como descreve Maia (1999:37):

"A primeira etapa é a do "placement" ou conversão: tendo como momentos anteriores a captação de ativos oriundos da prática de crimes e sua eventual concentração, nesta fase busca-se a escamoteação (ocultação) inicial da origem ilícita, com a separação física entre os criminosos e os produtos de seus crimes. Esta é obtida através da imediata aplicação destes ativos ilícitos no mercado formal para lograr sua conversão em ativos lícitos (e.g.: por intermédio de instituições financeiras tradicionais, com a efetivação de depósitos em conta corrente ou aplicações financeiras em agências bancárias convencionais; pela efetivação de operações de swap etc.; através da troca de notas de pequeno valor por outras de maior denominação, reduzindo o montante físico de papel-moeda; mediante a utilização de intermediários financeiros atípicos, com a conversão em moeda estrangeira através de

"doleiros"; através da utilização de "mulas" para o transporte de divisas para o exterior; remetendo estes lucros para fora do país, através de depósitos ou transferências eletrônicas em "paraísos fiscais"; ou, ainda, diretamente no sistema econômico, com a aquisição de mercadorias legítimas, inclusive via "importação" de mercadorias que são superfaturadas ou inexistentes, para lograr a remessa do dinheiro para o exterior, até mesmo mediante pagamento de faturas de cartões de crédito internacionais creditados para empresas de fachada

É o momento em que os criminosos buscam distanciar-se fisicamente do produto de seus crimes. Exatamente por expor a identidade dos titulares dos ativos que serão inseridos na economia formal, esta fase tornar-se a mais arriscada para o criminoso.

Sendo o objetivo ocultar a origem dos recursos, procura-se, em geral, movimentar o dinheiro para países com regras menos rígidas e com sistema financeiro liberal. Infere-se, portanto, que colocação é a etapa em que o criminoso introduz o dinheiro "sujo" no sistema econômico mediante depósitos, compra de produtos e serviços financeiros, como títulos de capitalização, previdência privada e seguros; aplicações em depósito a prazo, poupança, fundos de investimento; compra de instrumentos negociáveis ou compra de bens.

O fracionamento dos valores que transitam pelo sistema financeiro e a utilização de estabelecimentos comerciais que, normalmente, trabalham com dinheiro em espécie, são alguns dos artifícios dos quais os criminosos se valem para dificultar a identificação da procedência do dinheiro, pois as vendas ou serviços adicionais não incrementam as despesas, e os agentes do fisco que vierem a examinar os registros contábeis destes estabelecimentos terão dificuldades em provar que o rendimento legítimo gerado pelo estabelecimento era menor que o registrado. Mesmo que a lavagem de dinheiro possa ser realizada em qualquer lugar, há, evidentemente, uma preferência pelos meios que possuem menos controle das operações financeiras: quanto menor a possibilidade de identificação e incriminação dos envolvidos, "melhor".

De todo o processo, esta é a etapa que oferece mais risco para os criminosos, já que existe a proximidade do dinheiro com as suas origens.

"O propósito é "legalizar", por meio de complexas manobras financeiras, objetos de procedência ilícita. A fim de introduzir os ativos

ilícitos de forma sutil e imperceptível às autoridades financeiras.” (Callegari, 2004, p. 8)

“O objetivo final desta etapa é fazer com que o dinheiro em espécie seja transformado em outra forma de valor, idealmente em depósito em uma conta bancária ou outro ativo financeiro líquido, para que possa se passar à fase sucessiva do processo de lavagem.” (Lavagem..., 2010)

Pois bem, na segunda etapa, a ocultação, são realizadas operações com o objetivo de quebrar a cadeia de evidências sobre a origem do dinheiro, dificultando o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. Para a ocultação são utilizadas, por exemplo:

- transferências de recursos entre contas correntes, por meio eletrônico;
- transferência de recursos entre empresas;
- operações através de "contas fantasma" e de "laranjas";
- transferência de recursos para paraísos fiscais.

A ocultação é também conhecida como dissimulação. Na descrição de Maia (1999:38):

"O segundo momento do processo designa-se por 'layering', dissimulação: os grandes volumes de dinheiro inseridos no mercado financeiro na etapa anterior, para disfarçar sua origem ilícita e para dificultar a reconstrução pelas agências estatais de controle e repressão da trilha do papel (paper trail), devem ser diluídos em incontáveis estratos, disseminados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas, no país e no exterior, envolvendo multiplicidade de contas bancárias de diversas empresas nacionais e internacionais, com estruturas societárias diferenciadas e sujeitas a regimes jurídicos os mais variados. Por outro lado, pretende-se com a dissimulação estruturar uma nova origem do dinheiro sujo, aparentemente legítima. Esta etapa consubstancia a 'lavagem' de dinheiro propriamente dita, qual seja, tem por meta dotar ativos etiologicamente ilícitos de um disfarce de legitimidade".

Para a ocultação, são utilizadas, por exemplo, transferências de recursos entre contas correntes, por meio eletrônico; transferência de recursos entre empresas; operações através de "contas fantasma" (conta em nome de pessoas que não existem) e de "laranjas" (pessoas que emprestam o nome para a realização de operações); transferência de recursos para paraísos fiscais.

"Em ambos os estágios, pode-se aproveitar, por exemplo, dos bancos, das corretoras de valores, das instituições financeiras, das empresas ou dos empresários em geral, para ocultar ou dissimular a origem ilícita do dinheiro." (Pitombo, 2003, p.81)

Segundo Rosangelo (2009) nesta etapa as operações passam a ser extremamente complexas e dinâmicas a medida em que cresce a sofisticação dos meios de comunicação e eletrônicos. São utilizadas diversas transações financeiras, que funcionam como camadas para dificultar cada vez mais a existência de qualquer ligação entre o lavador e a prática do crime antecedente.

Esses meios possibilitam de forma cada vez mais ágil a movimentação de ativos financeiros através dos bancos e demais instituições. De acordo com o texto "Lavagem de dinheiro e seus perigos: as etapas da lavagem", o objetivo da ocultação ou dissimulação é de desassociar o dinheiro ilegal da fonte do crime criando uma teia complexa de transações financeiras e/ou comerciais com o propósito de dificultar a identificação de qualquer rastro por parte de investigadores e ao mesmo tempo esconder a verdadeira fonte e propriedade dos fundos e criar uma nova justificativa "limpa" para a origem dos mesmos. (Lavagem..., 2010)

Conforme Pitombo (2003) depois de completadas as duas primeiras etapas, chega a terceira fase da lavagem, a integração. É na integração onde ocorre o maior impacto à ordem socioeconômica da lavagem de dinheiro. "Esta etapa consiste na incorporação formal dos recursos no sistema econômico, sob a forma de investimentos ou compra de ativos, com uma documentação aparentemente legal." (Banco do Brasil, 2009)

Assim sendo, a terceira e última etapa, integração, consiste na incorporação formal dos ativos no sistema econômico, sob a forma de investimentos ou compra de ativos, com uma documentação aparentemente legal. A integração é feita, por exemplo, por meio da realização de investimentos em negócios lícitos, nos diversos setores da economia: comércio, indústria, serviços.

Ainda utilizando a definição de Maia (1999:40):

A etapa final é a chamada 'integration', ou integração, que se caracteriza pelo emprego dos ativos criminosos no sistema produtivo, por intermédio da criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens. É freqüente que os lucros decorrentes da atuação de tais empresas sejam reinvestidos em esquemas criminosos (nos mesmos que geraram os ativos ilícitos e/ou em novos 'empreendimentos') e/ou que passem a 'esquentar' (rectius: legitimar) o afluxo de novos volumes de dinheiro 'sujo', agora disfarçados em 'lucros do negócio', dinheiro 'limpo', ou, ainda, que forneçam ao criminoso uma fonte 'legítima' para justificar seus rendimentos, caracterizando um verdadeiro ciclo econômico".

Nessa fase, o agente converte o dinheiro "sujo" em capital lícito, através da criação, aquisição ou investimento em negócios lícitos ou mesmo pela compra de bens. Outra prática comum é o reinvestimento destes recursos em outros esquemas criminosos, numa espécie de patrocínio ao crime organizado, com a consequente prática de novos delitos. Colaborando com essa idéia diz Raúl Cervini:

"Otra parte del dinero retorna al circuito ilegal sirviendo para mantener y ampliar los negocios ilícitos y concominantes: sobornos, tráfico de metales preciosos, armas, falsificación de moneda, apoyo estratégico a la guerrilla, etc..."

A fase final é frequentemente interligada ou as vezes sobreposta a etapa anterior. Nesta fase, é difícil distinguir riqueza legal e ilegal.

"Completadas as três etapas, o dinheiro "sujo", já com aparência "limpa", fica distante da origem ilícita, tornando mais difícil a associação direta com o crime e seus autores" (Banco do Brasil, 2009)

Assim, com a integração, completa-se o ciclo para lavar o dinheiro, finaliza-se a reciclagem.

Pois bem, a fim de ilustrar as fases do delito de lavagem de dinheiro, temos o emblemático caso de Franklin Jurado (EUA, 1990-1996) que demonstra como seria um ciclo clássico de lavagem de dinheiro. Economista colombiano formado em Harvard, Jurado coordenou a lavagem de cerca de US\$ 36 milhões em lucros obtidos por José Santacruz-Londono com o comércio ilegal de drogas.

Nesse sentido depósito inicial – o estágio mais arriscado, pois o dinheiro ainda está próximo de suas origens – foi feito no Panamá. Durante um período de três anos, Jurado transferiu dólares de bancos panamenhos para mais de 100 contas diferentes em 68 bancos de nove países, mantendo os saldos abaixo de US\$10 mil para evitar investigações.

Os fundos foram novamente transferidos, dessa vez para contas na Europa, de maneira a obscurecer a nacionalidade dos correntistas originais, e, então, transferidos para empresas de fachada. Finalmente, os fundos voltaram à Colômbia por meio de investimentos feitos por companhias européias em negócios legítimos, como restaurantes, construtoras e laboratórios farmacêuticos, que não levantariam suspeitas.

O esquema foi interrompido com a falência de um banco em Mônaco, quando várias contas ligadas a Jurado foram expostas. Fortalecida por leis anti-lavagem, a polícia começou a investigar o caso e Jurado foi preso.

2.2 Entidades, setores e atividades mais utilizadas no processo de branqueamento de capitais

Como se pode observar pela descrição das etapas de colocação, ocultação e integração, bem como pelas técnicas utilizadas, alguns setores da economia são mais visados para a realização do processo de lavagem de dinheiro. Na publicação Lavagem de dinheiro: um problema mundial (BRASIL. COAF, 1999:13), são citados como exemplos de setores mais visados para a lavagem de capitais as instituições financeiras; os paraísos fiscais e centros off-shore; as bolsas de valores; as companhias seguradoras; o mercado imobiliário; os jogos e sorteios.

Nesse sentido, o professor Marco Antônio de Barros (1998:57) refere-se a esses setores da economia mais utilizados para a realização do processo de lavagem de dinheiro como "*mecanismos de lavagem de dinheiro*":

"Alguns dos tipos mais comuns de mecanismos de lavagem de dinheiro são relacionados a seguir: a) Bancos, inclusive bancos comerciais, bancos privados e caixas de poupança; b) Corretoras de ações ou de mercadorias; c) Bancos de investimento (fundos mútuos, por exemplo); d) Operadoras de câmbio.

Somado às vantagens que determinados setores, atividades e entidades citados oferecem, existe, ainda, a falta de regulamentação específica das operações de comércio eletrônico, gerando, a sim, imensas oportunidades para as organizações

criminosas, visto que contaram o anonimato e a falta de fiscalização das autoridades públicas.

Dessa forma, o combate à “Lavagem de Dinheiro” tem mostrado que determinados tipos de entidades, setores e atividades são mais visados pelos criminosos em razão de algumas particularidades, de forma que analisaremos cada uma delas.

2.1.1 Instituições financeiras

Manzi (2008) discorre que após a suspensão do sistema Bretton Woods, em 1971, o sistema financeiro internacional ficou sem regulação, gerando incertezas tanto para os investidores quanto para os governos. Em 1975 foi criado o Comitê de Basileia, composto pelos representantes dos bancos do G10. O objetivo era proteger o sistema financeiro, determinando boas práticas financeiras e regras prudenciais para o controle de atuação. Em julho de 1998, o Comitê aprovou a Basileia I, que objetivava proporcionar equilíbrio aos bancos comerciais, estabelecendo padrão mínimo de capital aplicado a todos os países-membros, minimizar riscos de insucesso e garantir solvência e liquidez do sistema financeiro internacional e uniformizar normas aplicáveis às instituições financeiras.

Aliada à ausência de regulamentação bancária uniforme, no sentido de coibir a prática de lavagem de dinheiro, por meio de operações bancárias, temos que o mercado financeiro mundial é o sistema no qual o impacto da globalização espelhou seus reflexos de forma mais imediata e intensa. A relação intrínseca da área de finanças com o desenvolvimento tecnológico e o investimento maciço em redes de comunicação dotaram as instituições financeiras de um domo de integração que sobrepujou matrizes políticas, sociais e culturais.

No vácuo dessa evolução surgiram as condições ideais de propagação das práticas de lavagem de dinheiro, germinadas no esteio da velocidade das transações eletrônicas e nas amplas possibilidades de circulação de recursos.

Nesse sentido, o levantamento efetuado pelo COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras (1999, p. 13), vinculado ao Ministério da Fazenda do Estado Brasileiro, traz um excerto extremamente representativo do universo de possibilidades de lavagem de capitais por meio de instituições bancárias:

Instituições financeiras – no Brasil controladas pelo Banco Central (BACEN), compõem um dos setores mais visados pelas organizações criminosas para realização de operações de lavagem de dinheiro. A razão disso é que as novas tecnologias e a globalização dos serviços financeiros imprimem uma velocidade sem

precedentes à circulação do dinheiro. Recursos em busca de taxas de juros mais atraentes, compra e venda de divisas e operações internacionais de empréstimo e financiamento misturam-se num vasto circuito de transações complexas. Nessas transações, o dinheiro sujo se mistura com quantias que essas instituições movimentam legalmente todos os dias, o que favorece o processo de dissimulação da origem ilegal. As redes mundiais que interligam computadores, a exemplo da Internet, favorecem amplamente este processo, ampliando as possibilidades de movimentação dos recursos, conferindo maior rapidez e garantindo o anonimato das operações ilegais. Este setor é, portanto, o mais afetado e o mais utilizado nos processos de lavagem de dinheiro, mesmo quando as operações criminosas não são realizadas pelas próprias instituições financeiras. Elas acabam sendo o "meio" por onde transitam os recursos até a chegada ao mercado – ocorrendo a integração, última etapa do processo de lavagem.

Ressalte-se, todavia, que a tendência é de mudança desse cenário. Após a edição da Convenção de Viena e de Palermo, na maioria dos países, as instituições financeiras e não financeiras são obrigadas a identificar e comunicar operações suspeitas de dinheiro para a unidade de inteligência financeira do país em questão. Nos EUA, a base jurídica é definida pela Lei do Sigilo Bancário 19.701 e pelos Atos Patriotas, que surgiram após o atentado ao World Trade Center. Como exemplo, transações em dinheiro em mais de US \$ 10,000, durante o mesmo dia útil conduzidas em nome da mesma pessoa, devem ser informadas.

Na Suíça, a lavagem de dinheiro foi reconhecida como um crime previsto no Código Penal suíço desde 1990. Na Suíça, a Lei Antilavagem de Dinheiro estabelece obrigações para todos os intermediários financeiros como bancos, seguradoras, gestores de recursos independentes, transmissor de dinheiro ou doleiro. Os intermediários financeiros têm de informar ao governo se há uma causa provável que crie indício dessa prática. Esse princípio chamado Know Your Customer (KYC) representa a obrigação de todos os intermediários para verificar a identidade do cliente, estabelecer a identidade do beneficiário efetivo, a repetição dessas duas ações e se alguma dúvida surge no decorrer dos negócios. Existe ainda a obrigatoriedade de esclarecer a natureza e a finalidade de uma relação de negócio ou de uma operação incomum e o dever de manter registros precisos e de fácil acesso das referidas transações realizadas.

Outrossim, há uma associação de onze bancos globais, denominada The Wolfsberg Group, que preconizam o desenvolvimento e a publicação de padrões de serviços financeiros, procurando minimizar ou impedir a lavagem de dinheiro em nível internacional e o financiamento do terrorismo. Alguns membros deste grupo são o Barclays, Citigroup, Credit Suisse e HSBC. Dessa forma, tais bancos contam com

várias estruturas de conformidade e metodologias para ajudar a detectar e evitar a lavagem de dinheiro como Basileia II, Lei FDICIA, a Lei Gramm-Leach-Bliley (GLBA) e a Lei Sarbanes-Oxley (SOX), para citar apenas algumas.

No âmbito do Mercosul, O Banco Central do Brasil regulamentou a matéria por meio de uma circular e de quatro cartas circulares. O primeiro instrumento define procedimentos gerais às instituições financeiras, ao passo que as cartas circulares estabelecem rotinas operacionais a serem observadas. A Circular BACEN no 2.852/98, de 03 de dezembro de 1998, estabelece que as instituições financeiras mantenham atualizadas as informações cadastrais de seus clientes (em conformidade ao princípio da Basileia “Conheça seu cliente”), bem como os registros internos das movimentações, em valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Tais normas preveem, também, as obrigações das instituições financeiras de implementar procedimentos internos de controle e de treinamento dos empregados.

Infere-se, portanto, que existe uma tendência de regulamentar as atividades das instituições financeiras, seja por meio da obrigatoriedade de monitorar atividades indicadoras da prática de lavagem de dinheiro, seja pela eventual quebra de sigilo de atividades ilícitas.

2.1.2 Paraísos Fiscais e Centros offshore

As nações conhecidas como tax heavens, ou “paraísos fiscais”, são aquelas que protegem a identidade de seus investidores e também oferecem benefícios fiscais demasiados e incomuns, frente a outros países. Com baixos impostos, aliado a um sigilo bancário especialmente rigoroso e um controle mínimo do mercado financeiro, os paraísos fiscais são o destino principal de bens e capitais de origem ilícita.

De acordo com Moraes[10]:

O que faz de um paraíso fiscal um lugar atraente é o sigilo bancário impenetrável, a lavagem de dinheiro não ser considerada um crime, a capacidade reduzida de investigação e de coibição da prática de lavagem de dinheiro, a falta de identificação no fechamento de uma operação financeira, falta de controle na entrada ou na saída de recursos do País, sistemas financeiros estranhos a prática bancária com legislação falha, estabilidade econômica e política do paraíso fiscal, revogação dos controles de câmbio ou das restrições de circulação internacional de moedas, ausência de impostos ou reduzidas alíquotas, liberdade de remessas financeiras de renda

ou capital, legislação favorável para os ativos ocultos, boa estrutura de profissionais, adequada infra-estrutura de operações bancárias, adequada posição geográfica e avançada estrutura em telecomunicações.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) quatro fatores-chave são usados para determinar se uma jurisdição é um paraíso fiscal[11]:

“1. Se a jurisdição não impõe impostos ou estes são nominais. A OCDE reconhece que cada jurisdição tem o direito de determinar se a impor impostos diretos. Se não houver impostos diretos, mas indiretos, utilizando os outros três fatores para determinar se uma jurisdição é um paraíso fiscal.

2. Se houver uma falta de transparência.

3. Se as leis ou práticas administrativas não permitem a troca de informações para efeitos fiscais com outros países em relação aos contribuintes que se beneficiam de baixos impostos.

4. Se for permitido a não-residentes beneficiam de reduções de impostos, enquanto na verdade não desenvolver uma atividade no país”.

A concessão de vantagens fiscais “anormais”, além dos benefícios e facilidades de ordem não tributária, especialmente o sigilo bancário e societário, bem como isenções e tratamento concedido a renda de não residentes ou produzidas transnacionalmente, é o grande atrativo para a utilização dos países de tributação favorecida (paraísos fiscais) como instrumento para a prática da lavagem do dinheiro ilícito.

De acordo com as organizações mundiais, atualmente, são cinquenta e três localidades em todo o mundo são tidas como paraísos fiscais. São elas:

I - Andorra;

II - Anguilla;

III - Antígua e Barbuda;

IV - Antilhas Holandesas;

- V - Aruba;
- VI - Comunidade das Bahamas;
- VII - Bahrein;
- VIII - Barbados;
- IX - Belize;
- X - Ilhas Bermudas;
- XI - Campione D'Italia;
- XII - Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark);
- XIII - Ilhas Cayman;
- XIV - Chipre;
- XV - Cingapura;
- XVI - Ilhas Cook;
- XVII - República da Costa Rica;
- XVIII - Djibouti;
- XIX - Dominica;
- XX - Emirados Árabes Unidos;
- XXI - Gibraltar
- XXII - Granada;
- XXIII - Hong Kong;
- XXIV - Lebuán;
- XXV - Líbano;
- XXVI - Libéria;

XXVII - Liechtenstein;

XXVIII - Luxemburgo (no que respeita às sociedades holding regidas, na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929);

XXIX - Macau;

XXX - Ilha da Madeira;

XXXI - Maldivas;

XXXII - Malta;

XXXIII - Ilha de Man;

XXXIV - Ilhas Marshall;

XXXV - Ilhas Maurício;

XXXVI - Mônaco;

XXXVII - Ilhas Montserrat;

XXXVIII - Nauru;

XXXIX - Ilha Niue;

XL - Sultanato de Omã;

XLI - Panamá;

XLII - Federação de São Cristóvão e Nevis;

XLIII - Samoa Americana;

XLIV - Samoa Ocidental;

XLV - San Marino;

XLVI - São Vicente e Granadinas;

XLVII - Santa Lúcia;

XLVIII - Seychelles;

XLIX - Tonga;

L - Ilhas Turks e Caicos;

LI - Vanuatu;

LII - Ilhas Virgens Americanas;

LIII - Ilhas Virgens Britânicas.

Por sua vez, os Centros Financeiros *Offshore* – CFO (*Offshore Financial Center* – OFC) são centros bancários extraterritoriais não submetidos ao controle das autoridades administrativas de nenhum país e, portanto, isentos de controle.

Nos Centros Financeiros *Offshore* – CFO, as empresas não recebem fiscalização contábil e, desta feita, permitem a possibilidade de significativas movimentações monetárias e operações de transferência de dinheiro obtido em atividades ilegais.

Com a existência dos Centros Financeiros *Offshore* – CFO, não é possível afirmar que se a completa extinção dos paraísos fiscais faria diminuir o volume de capital lavado. Por mais que haja ações no intuito de combater a lavagem de dinheiro ilícito por meio dos paraísos fiscais, o fato dos CFO's não sofrerem qualquer restrição ou atuação de fiscalização, os eleva à condição de grandes centros da lavragem de dinheiro.

Os centros offshore (CFO) podem ser utilizados de maneira totalmente legítima. No caso de pessoas ou empresas com reservas excedentes que decidem investir em bancos CFOs, eles oferecem algumas vantagens: um ambiente bancário estável, seguro, que garante confidencialidade e privacidade, são bancos com presença internacional, facilidade de atendimento, excelentes sistemas de comunicação, nenhum controle de câmbio e utilização predominante do dólar. No entanto, os lavadores também procuram por essas facilidades e os principais casos de lavagem de dinheiro descobertos nos últimos anos, envolvem criminosos que se aproveitaram, das facilidades oferecidas por esses centros.

As três modalidades que oferecem mais oportunidades para a lavagem de dinheiro nos centros offshore são:

- Corporações de Negócios Internacionais (CNIs) – empresas em que o proprietário pode se manter anônimo. É permitida a abertura de contas em nome da empresa protegendo assim seu beneficiário, como a empresa está registrada apenas no nome dos diretores fiduciários, os donos da empresa recebem um certificado

físico das ações (chamado de ação ao portador). Contudo essas empresas não podem realizar negócios no país em que estão sediadas.

- Cartas patentes bancárias offshore – são bancos que só realizam seus negócios com pessoas que não residem na jurisdição em que estão constituídos. Os bancos offshore normalmente têm restrições a sua atuação, contudo alguns paraísos fiscais (Granada, Samoa Ocidental) oferecem cartas patentes com todos os serviços de um banco convencional.

Em suma, tanto os paraísos fiscais quanto os centros off shore compartilham de uma finalidade legítima e uma certa justificativa comercial. No entanto, os principais casos de lavagem de dinheiro descobertos nos últimos anos envolvem organizações criminosas que se aproveitaram, de forma generalizada, das facilidades oferecidas por eles para realizarem manobras ilegais.

2.1.3 Câmbio

As casas de câmbio são também uma das principais máquinas para ação dos lavadores.

Ressalte, nesse ponto, que, via de regra, o controle da origem dos investimentos internacionais está relegado à segunda ordem de prioridade, tendo em vista a dependência do capital estrangeiro a qual estão submetidas as economias nacionais, sendo este fluxo de recursos estrangeiros atualmente indispensável para a manutenção do equilíbrio das balanças de pagamento dos países. Saliente-se, também, que a captação do capital externo é condicionada à liberdade concedida a este mesmo capital de poder sair do país investido sem qualquer dificuldade ou barreira.

Infere-se, portanto, que o movimento mundial de desregulamentação cambial se materializa nos sistemas jurídicos nacionais pela ausência de quaisquer restrições legais para a compra e venda de moeda estrangeira, na permissão de remeter divisas ao exterior e trazê-las quando desejável (SOUZA, 2007, p. 4).

Se, por um lado, a eliminação dos controles cambiais reduziu o volume da evasão de divisa (fuga de capitais), pois o fluxo financeiro que cruza as fronteiras, antes ilegal, agora é lícito (WOODIWISS, 2006, p. 241), por outro, abriu uma série de oportunidades e mecanismos a serem exploradas pelos lavadores profissionais, que hoje podem retirar facilmente o dinheiro sujo do país de origem e ocultá-lo no interior do sistema financeiro internacional.

Assim, as casas de Câmbio (Transmissores Internacionais de Dinheiro) e Agências de Viagens acabam por oferecer uma ampla gama de serviços que podem ser usados pelos lavadores de dinheiro. Passagens de companhias aéreas, câmbio de dinheiro estrangeiro em forma de notas ou traveler cheques são técnicas bastante usadas. Existem serviços de transferência de dinheiro através de fax, ordem eletrônica, cheque ou "courier" que podem ser facilmente usados por pessoas que não podem usar os normais canais bancários (caso de muitos criminosos). O anonimato do cliente é uma característica primária de tais transferências o que mostra o nível inerente de risco.

2.1.4 Companhias de Seguros

Outro setor vulnerável às operações de lavagem de dinheiro é o das Companhias Seguradoras, seja em relação aos acionistas dessas companhias, seja em relação aos segurados, subscritores, participantes e intermediários.

A atratividade desse setor reside justamente na possibilidade de apresentação de "falsos sinistros" ou fraudulentos e de utilização de beneficiários "laranjas", falecidos ou simplesmente inexistentes.

Quer em relação aos acionistas, quer em relação aos segurados, subscritores, participantes e intermediários pode haver a tentativa de "limpeza" de recursos por meio de uma das seguintes formas:

- a) os acionistas podem usar seu poder de deliberação realizando investimentos que possibilitem a prática de lavagem de dinheiro;
- b) os segurados, por sua vez, podem lavar recursos mediante a apresentação de avisos de sinistros falsos ou fraudulentos, o mesmo ocorrendo com os subscritores e participantes, os quais podem, respectivamente, transferir a propriedade de títulos de capitalização sorteados e inscrever pessoas inexistentes ou falecidas em planos de previdência privada aberta.

Nesse sentido, interessante a ponderação a respeito do assunto:

Os acionistas de uma Seguradora podem deliberar pela realização de determinados investimentos voltados para a viabilização de operações de lavagem de dinheiro; os segurados podem apresentar avisos de sinistros falsos ou fraudulentos visando também a lavagem de dinheiro; os subscritores e participantes podem transferir a propriedade de títulos de capitalização, promover a inscrição de pessoas inexistentes ou falecidas como "laranjas" em planos de previdência privada e assim por diante (MINK, 2005, pág.15)

Em suma, infere-se que a ausência de regulamentação e fiscalização específica acaba por facilitar a ocorrência de lavagem de capitais nesse setor, demandando, sem sombra de dúvida, maior atenção por parte dos estados e organismos internacionais.

2.1.5 Mercados imobiliários

A lavagem de dinheiro é uma prática muito frequente no setor imobiliário. A existência de poucos mecanismos de controle das transações de compra e venda de imóveis torna o setor imobiliário atrativo para operações de lavagem de dinheiro. As transações realizadas, principalmente com dinheiro em espécie e, muitas vezes, com valores acima do preço real, além das falsas especulações imobiliárias são algumas formas de “lavar” dinheiro no setor. A criatividade das organizações criminosas faz com que suas atuações no setor sejam extremamente dinâmicas, dificultando o trabalho de detecção das ilegalidades.

O mercado imobiliário é muito procurado, pois oferece facilidades para este tipo de negócio criminoso, além de possibilitar transações rápidas de compra e venda. Como no caso de obras de arte e outros bens, embora haja uma referência de mercado, o vendedor pode definir o preço que bem entender para constar da documentação do Imposto de Renda. Ou seja: regiões ou bairros ou tipos de apartamentos em grandes cidades podem estar sofrendo bruscas alterações de preços por conta de operações de lavagem.

Nesse interim, uma forma muito comum, de praticar o crime de lavagem de dinheiro é a venda fraudulenta de propriedade imobiliária. O agente, por exemplo, compra um imóvel e declara ter pagado valor infinitamente menor. Depois, após afirmar haver realizado reformas que valorizam o imóvel, o vende pelo preço normal de mercado, transformando aquela diferença em ativo (lucro). Ressalte-se, nesse ponto, que qualquer outra forma de aquisição, venda e reforma de imóveis que sirva para dissimular o preço efetivamente investido, sendo o dinheiro obtido através de origem criminosa – do rol de crimes antecedentes –, pode configurar a prática de lavagem. (MEDRONI, 2006, p.70).

Saliente-se que a criatividade dos criminosos nesse ramo não tem fim. Existem relatos em revistas técnicas sobre o assunto de compra um imóvel com dinheiro de origem ilícita que, ato contínuo, passa a figurar como garantia de um empréstimo junto a um banco, que não será pago, de forma que o imóvel/garantia seja executado. Assim o dinheiro de origem criminosa tomou a forma de imóvel, depois de garantia e finalmente de empréstimo.

Conclui-se, portanto, que as possibilidades são inúmeras, inibi-las, coibi-las e antecipar novas formas de lavagem de dinheiro requer inteligência estatal para regular e fiscalizar os agentes econômicos”

Visando coibir a prática da lavagem de dinheiro via atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis, surgiu a Resolução 001 do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), de 13 de abril de 1999, determinando que as pessoas jurídicas que exerçam atividades no mercado imobiliário mantenham cadastros para a identificação de seus clientes e de todos os participantes envolvidos em tais tipos de transações.

2.1.6 Jogos de azar e loterias

Inicialmente, cabe ressaltar que são conhecidos diversos casos de lavagem de dinheiro por meio de jogos e sorteios, como bingos e loterias. As principais características dos processos criminosos envolvem a manipulação das premiações e a realização de alto volume de apostas em uma determinada modalidade de jogo, buscando fechar as combinações. Em muitos casos, o agente criminoso não se importa em perder uma parte dos recursos, contanto que consiga finalizar o processo de lavagem com êxito.

Outrossim, constata-se que este setor movimentava grandes quantias de dinheiro em espécie, sendo essa uma condição extremamente atrativa para o criminoso “lavar” o dinheiro “sujo”.

No caso das loterias, o verdadeiro ganhador da aposta é convencido por algum integrante do esquema ou pelo próprio dono da lotérica a vender o seu bilhete premiado por um valor maior que o anunciado. O comprador do bilhete se apresenta para receber o dinheiro e, por ser o premiado “oficial”, pode declarar o montante recebido na Declaração de Imposto de Renda. Deste modo, o eventual aumento de patrimônio de uma pessoa (física ou jurídica) oriundo de atividades ilícitas pode ser atribuído à premiação (MINK, 2005, pág.18)

Um grupo de 200 pessoas ganhou 9.095 vezes em loterias da CEF (Caixa Econômica Federal) entre março de 1996 e fevereiro de 2002. Cada apostador desse grupo teve em média 45 bilhetes premiados -um número praticamente impossível de ser alcançado caso os jogadores não se dispusessem a gastar

com apostas sempre muito mais do que ganhariam, segundo matemáticos ouvidos pela Folha. Ao todo, o grupo ficou com R\$ 64,8 milhões. Com base num primeiro levantamento do Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) do Ministério da Fazenda, com 30 nomes, divulgado em março de 2003, a Polícia Federal abriu em junho último cerca de 20 inquéritos só em São Paulo para investigar os sortudos. (VALENTE, 2004, p. A14)

Grande parte dos processos de lavagem de dinheiro nesse setor envolvem manipulação de premiação e alto volume de apostas.

Dessa forma, As agências lotéricas, casas de bingo, cassinos e afins são entidades que também propiciam condições para a lavagem de dinheiro por parte das organizações criminosas, em especial por movimentarem quantias consideráveis em suas operações.

No caso das loterias, o verdadeiro ganhador da aposta é convencido por algum integrante do esquema ou pelo próprio dono da lotérica a vender o seu bilhete premiado por um valor maior que o anunciado. O comprador do bilhete se apresenta para receber o dinheiro e, por ser o premiado "oficial", pode declarar o montante recebido na Declaração de Imposto de Renda. Deste modo, o eventual aumento de patrimônio de uma pessoa (física ou jurídica) oriundo de atividades ilícitas pode ser atribuído à premiação.

Um grupo de 200 pessoas ganhou 9.095 vezes em loterias da CEF (Caixa Econômica Federal) entre março de 1996 e fevereiro de 2002. Cada apostador desse grupo teve em média 45 bilhetes premiados -um número praticamente impossível de ser alcançado caso os jogadores não se dispusessem a gastar com apostas sempre muito mais do que ganhariam, segundo matemáticos ouvidos pela Folha. Ao todo, o grupo ficou com R\$ 64,8 milhões.

Com base num primeiro levantamento do Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) do Ministério da Fazenda, com 30 nomes, divulgado em março de 2003, a Polícia Federal abriu em junho último cerca de 20 inquéritos só em São Paulo para investigar os sortudos. (VALENTE, 2004, p. A14).

Por fim, sobre o tema, o professor Carlos Aránguez Sánchez

en contacto al premiado con el blanqueador, que le abona el importe del premio más un tanto por ciento (que, junto a la comisión del intermediario, supone el coste del blanqueo). El

intermediario puede ser un empleado de la banca en la que se suele depositar el boleto premiado, un directivo de una peña constituida para participar colectivamente en un juego de azar, o un jugador patológico al que se le obliga a contactar con los ganadores de apuestas en un hipódromo, a cambio de perdonar cierta cantidad de dinero prestado clandestinamente por la organización criminal. El premiado obtiene como ventaja ese dinero suplementario, aunque corre con el riesgo de recibir una cantidad de dinero de ilícita procedencia; claro que en algunos casos ese riesgo es mínimo. Por ejemplo, cuando una peña formada por un gran número de personas obtiene un premio, el dinero negro recibido por cada uno de los miembros no supone una cantidad llamativa, aunque el montante global sí que lo sea. El blanqueador ve justificado su incremento patrimonial ilícito, e incluso puede beneficiarse de las exenciones fiscales que algunas loterías disfrutaban. Este método es empleado tanto para blanquear capitales ilícitos como para eludir el control de la Hacienda Pública sobre fondos lícitamente obtenidos. De este modo los premiados pueden creer que cooperan en un delito fiscal cuando realmente participan en un delito de blanqueo de capitales ilícitos.

.2.8. Internet e Comércio Eletrônico

Primeiramente, insta observar que, grande partes das legislações internacionais não incluíram as operações efetuadas eletronicamente, em especial as operações financeiras e o comércio eletrônico efetuados via Internet, entre os ramos da economia considerados vulneráveis à prática da reciclagem de dinheiro.

Não é de se esperar que o legislador consiga sempre abranger em seus trabalhos legislativos todos os possíveis alvos do injusto, ainda mais conhecendo a realidade do desenvolvimento tecnológico que nos cerca.

É evidente que a lei não acompanha as mudanças da sociedade, criando, assim, um sistema onde não se identifica a completude da norma jurídica. De acordo com Norberto Bobbio (em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico), um ordenamento jurídico deve prezar pela propriedade de ter uma norma para cada caso (BOBBIO, 2000). Sabe-se, entretanto, que a realidade difere da teoria, e, desta forma, a falta de regulamentação acerca de determinado assunto, provoca insegurança no Estado de Direito, e conseqüentemente na sociedade, que acaba sendo a principal vítima da não completude de seu ordenamento jurídico.

A inexistência de regulamentação específica prevendo os pormenores das operações de comércio eletrônico, principalmente no que se refere à responsabilidade das empresas que promovem a possibilidade de se adentrar na Internet, gera um campo de atuação perfeito às organizações criminosas, considerando que o anonimato é a forma preferida para a realização das condutas injustas. O sempre crescente comércio on-line viabiliza que determinadas empresas prestadoras de serviço atuem diretamente na Internet, disponibilizando seus serviços e permitindo uma troca quase que anônima, pois, geralmente, o que se requer dos usuários- compradores, para consumir uma venda, se limita ao número do Cartão de Crédito.

3. OS ACORDOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

3.1. Introdução: as implicações e possibilidades de assistência judiciária internacional

Com o intuito de uniformizar, no âmbito internacional, o combate ao crime de “lavagem” de capitais, foram criados alguns organismos supranacionais, bem como, foram elaboradas legislações visando reprimir tal delito. Cada país adaptou, levando em conta a sua realidade interna, mecanismos próprios de prevenção e repressão à “lavagem” de dinheiro e aos crimes conexos.

Ressalta-se que o esforço conjunto objetivou, também, dar uma resposta ao crescimento do crime organizado, tendo em vista que ele é o principal responsável pela “lavagem” do dinheiro ilícito, obtido por intermédio de ações criminosas, que, cada vez mais, criam meios de transformar capitais provenientes do crime de toda a natureza em dinheiro lícito, limpo e pronto para o enriquecimento de pessoas e financiamento de novas ações da criminalidade nacional e internacional.

Nesse sentido, no final da década de 80, a lavagem de dinheiro passou a ser vista como um problema de internacional. Segundo Podval (1998), “a conduta típica da lavagem de dinheiro surge como uma alternativa para dificultar o lucro fácil, fruto do comércio ilícito dos entorpecentes, já que o Direito Penal via-se, até então, com poucas alternativas para conter o ‘grande mal’ que assola o nosso século, as drogas”. Assim, tão logo o Direito Penal mostrou-se absolutamente ineficiente, como instrumento de combate a esses delitos, os Estados viram-se obrigados à celebrar convenções internacionais a fim de coibir a prática de tais delitos.

Cabe ressaltar que, nesse momento, o crime de lavagem de dinheiro estava associado principalmente ao tráfico de substâncias ilegais. Diante disso, no âmbito da ONU, foram celebradas diversas convenções sobre o tema de combate à criminalidade transacional. A primeira delas foi a Convenção Contra o Tráfico Ilícito

de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, aprovada em Viena na Áustria, no ano de 1988. O principal objetivo foi o fortalecimento dos meios jurídicos para fomentar a cooperação internacional em matéria penal, visando o combate às atividades criminosas internacionais decorrentes do tráfico ilícito de drogas.

Ressalte-se que tal instrumento pode ser concebido como compromisso internacional assumido pelos países de criminalizar a lavagem de dinheiro decorrente do tráfico de drogas. Restou estabelecido na Convenção de Viena que os países que a ratificaram deveriam prestar ampla assistência jurídica recíproca nas investigações, julgamentos e processos, visando um intercâmbio global de informações que permita ações eficazes contra o crime organizado.

Outro acontecimento histórico, que também deve ser mencionado, é a criação do Grupo de Ação Financeira Sobre Lavagem de Dinheiro - GAFI - (ou FATF - Financial Action Task Force on Money Laundering) em 1989, por iniciativa dos países do G-7. Em 1990, o Grupo elaborou as Quarenta Recomendações, "numa iniciativa para combater a utilização ilegítima dos sistemas financeiros para fins de lavagem de ativos provenientes do tráfico de entorpecentes"². Tais recomendações foram revisadas em 1996 e em 2001, com os atentados às Torres Gêmeas, o GAFI editou oito recomendações especiais, relativas ao combate ao financiamento do terrorismo.

Cabe, ainda, mencionar a criação do Centro Internacional para a Prevenção do Crime (CICP) em 1997, como parte do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. Nesse sentido, a Resolução n.º. 53/111 de 1998 da Assembleia Geral das Nações Unidas determinou a criação de um comitê de trabalho para elaborar uma convenção internacional de combate à criminalidade transnacional. Em 1999, foi concluída a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, a qual também ficou conhecida como Convenção de Palermo – cidade em que foi celebrada. No ano de 2003 a Convenção entrou em vigor no âmbito mundial para 175 países e também no Mercosul, uma vez que todos os Estados-membros a ratificaram.

Nessa seara, cabe ressaltar que a Convenção de Palermo, realizada em novembro do ano 2000, mostra-se mais efetiva no combate ao crime organizado do que a Convenção de Viena, pois não centraliza seu foco de combate ao tráfico de drogas, mas sim nas mais diversas formas de organizações criminosas. Conforme Badaró e Bottini (2012):

"A Convenção de Palermo vai além da Convenção de Viena ao indicar que diversos crimes – além do tráfico de drogas – podem originar bens passíveis de lavagem. O texto aponta que a lavagem decorre da 'mais ampla gama possível de

infrações principais' ou 'infrações graves' (art. 6, 2, a), conceituando-as como atos que constituam infrações puníveis com uma pena de privação de liberdade cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior (art. 2) ou praticadas por meio de organização criminosa (art. 5) ou aquelas relacionadas à corrupção (art. 8) ou os crimes de obstrução da Justiça (art. 23)."

Ressalte-se, ainda, que no decorrer dos anos não foram poucas as tentativas a nível internacional na busca de meios para combater a lavagem de dinheiro. Além dos instrumentos já mencionados, podemos citar, entre outros, a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas – CICAD e a aprovação do Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Outros Delitos Graves, aprovado pela Organização dos Estados Americanos – OEA, em 1992; o Plano de Ação Contra Lavagem de Dinheiro (ou Global Plan Against Money Laundering - GPML), cujo objetivo é otimizar o combate a este crime através da assistência e cooperação técnica aos Estados membros da ONU, em 1998; a Convenção de Mérida, cuja finalidade específica foi o combate à corrupção, mas reconhecendo a grande importância no combate ao crime de lavagem de dinheiro, adotada pela ONU em 2003.

Em síntese, pode dizer que entre esses instrumentos e ações internacionais que tratam sobre o tema lavagem de dinheiro, os principais são: (i) a recomendação nº R(80)10^[1], de 27/06/1980, [12] do Comitê de Ministros do Conselho da Europa; (ii) a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988[13]; (iii) a declaração de princípios antilavagem emitida pelo Comitê da Basileia (Basel Committee on Banking Supervision) em dezembro de 1988[14]; (iv) a Convenção Europeia nº 141, aprovada em Estrasburgo pelo Conselho da Europa, em novembro de 1990 (Convenção de Estrasburgo)[15]; (v) a diretiva nº 91/308/CEE (1ª Diretiva), elaborada em 1991 pelo Conselho de Ministros da CEE (Comunidade Econômica Europeia)^[5]; (VI) a diretiva 2001/97/CE (2ª Diretiva)^[6], aprovada em 2001 pelo Parlamento Europeu; (VII) a diretiva 2005/60/CE (3ª Diretiva)^[7], de 26/10/2005, que estabeleceu o conceito de Pessoas Politicamente Expostas (PEPs)^[8]; (ix) a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), em vigor internacional desde 29/09/2003; (X) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), em vigor internacional desde 14/12/2005; e (Xi) a Convenção do Conselho da Europa relativa à Lavagem de Dinheiro, Apreensão, Perda e Confisco das Vantagens do Crimes e ao Financiamento ao Terrorismo (Convenção de Varsóvia)^[11].

Em geral, os textos alargam as hipóteses de delitos antecedentes, estabelecendo derrogações do sigilo bancário e a estimulando a responsabilização (penal ou não) da pessoa jurídica.

Quanto aos organismos internacionais que se ocupam da questão, devem ser ressaltados o Grupo EGMONT^[12]; o GAFI (Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment des Capitaux) ou FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering)^[13], que, em 1990, redigiu 40 recomendações^[14], revistas em 1996, estabelecendo padrões internacionais para o combate a Lavagem de Dinheiro e, em 2001, 9 recomendações especiais^[15] sobre o financiamento do terrorismo, todas reconhecidas pelo FMI (Fundo Monetário Internacional) e pelo Banco Mundial; o GAFISUD (Grupo de Acción Financiera de Sudamérica)^[16], que integra os chamados FSRBS (FATF Style Regional Bodies), visando à integração regional de países, no intuito de criar uma rede global de combate à Lavagem de Dinheiro; e o CICAD (Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas), órgão vinculado à OEA (Organização dos Estados Americanos) que, em 1992, aprovou o Regulamento Modelo Americano sobre Delitos de Lavagem de Dinheiro.

Dessa maneira, nos itens abaixo trataremos do acordos e normas de maior relevância para o estudo em questão.

3. 2. A Convenção de Viena 1988

Primeiramente, insta ressaltar que a Convenção de Viena de 1988 é considerada a "pedra inaugural" do combate mundial face à lavagem de dinheiro, mesmo apresentando uma visão restrita à demanda do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias. Nesse sentido, saliente-se que a Convenção de Viena de 1988 destaca o caráter lucrativo do tráfico de drogas ao asseverar ser fonte de rendimentos e fortunas consideráveis, visto que no momento de sua elaboração essa atividade estava se expandindo muito rapidamente e as legislações penais em todo mundo não estavam sendo suficientemente capazes de deter ou punir tal crime, sendo necessário uma outra fonte normativa que pudesse auxiliar no cumprimento desse objetivo^[16].

Permite-se dizer que foi um dos embriões da iniciativa de combate à lavagem de dinheiro em âmbito internacional, tendo em vista que, em seu bojo normativo, destacou o significado da ocultação, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade dos bens que são provenientes de delitos como: a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta para a venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o

trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica.

No referido instrumento, resta claro o significado do delito do lavagem de dinheiro, isto é, que a prática de tal crime envolve a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de delitos como: a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta para venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica[17].

Ainda que a prática de "lavagem de dinheiro" já fosse conhecida desde o início dos anos 1980, neste encontro é que foi oficializado o estímulo internacional para combatê-la. Em síntese, quanto à lavagem de dinheiro:

"a) La Convención establece la obligación, a cargo de cada país de incriminar y penalizar el lavado de dinero derivado del tráfico de drogas (a título intencional), para facilitar la cooperación internacional y la extradición; b) se regula la cooperación internacional; c) se establecen normas a ser adoptadas por los países en materia de confiscación de los bienes productos del narcotráfico; d) se establecen el principio de que el secreto bancario no debería interferir en investigaciones criminales en el contexto de la cooperación internacional". (Pitombo, 2003, p.46)

Dessa forma, ao redigir a palavra "ocultação" a Convenção de Viena, importa-se com a necessidade de verificar a origem de bens e valores passíveis de serem adquiridos com os frutos de crimes como o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e crime organizado, pois esses poderiam ser o instrumento de lavagem daqueles.

Da mesma forma, saliente-se que a repressão às drogas se eleva significativamente com a obrigatoriedade, exigida pela Convenção aos países signatários, quanto a criminalização do crime de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, estabelece a Convenção, igualmente, que as partes que aderirem à mesma deverão prestar a mais ampla assistência jurídica recíproca nas investigações, julgamento e processos, primeiro passo com vista a um intercâmbio global de informações e ações[18].

Após a Convenção de Viena foram elaborados outros textos jurídicos regionais, bem como novas convenções, que assumiram posição de destaque, porém na prática a Convenção é o instrumento de referência no que diz respeito à obrigação de criminalização de tais condutas.

É importante, ainda, chamar a atenção para o fato de a Convenção estabelecer que os seus signatários têm a incumbência de dar ampla assistência jurídica nas investigações, julgamento e processo, bem como troca de informações e medidas adotadas, com o objetivo de os países atuarem de forma integrada, mais positiva, na luta contra o delito de “lavagem” de dinheiro, pois, só assim, é possível combatê-lo de forma eficiente e eficaz.

A Convenção de Viena materializou significativos avanços no que tange ao combate ao crime de “lavagem” de dinheiro, uma vez que: estabeleceu, a título de cooperação internacional, a obrigação de cada país signatário incriminar e penalizar a lavagem de dinheiro proveniente do tráfico ilícito de drogas; previu normas a serem utilizadas em termos de confisco de bens oriundos do narcotráfico; e previu, ainda, a utilização da quebra do sigilo bancário como forma de cooperação internacional nos casos de investigação criminal, referentes à “lavagem” de dinheiro ligado ao tráfico ilícito de drogas.

Graças à Convenção de Viena, os países signatários tipificaram o crime de “lavagem” de dinheiro como crime autônomo e iniciaram a incriminação das condutas relacionadas a este delito, o que foi algo altamente positivo para combatê-lo.

3.3. Convenção de Palermo

“A Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, conhecida como “Convenção de Palermo”, foi aprovada em dezembro de 2000. Ela prevê a ampliação dos conceitos de crimes antecedentes – aqueles que dão origem aos valores a serem “lavados” - de forma a abranger uma gama maior de infrações penais, especialmente as consideradas graves. (MONGENOT, 2005, pag.16)”

O citado instrumento foi suplementado por três protocolos, que abordam áreas específicas de atuação do crime organizado: (i) Protocolo para prevenir, suprimir e punir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças; (ii) Protocolo contra o contrabando de imigrantes por terra, ar e mar; e (iii) Protocolo contra a fabricação ilegal e o tráfico de armas de fogo, inclusive peças acessórios e munições. Todos os protocolos estão em vigor entre os países do Mercosul.

No que tange aos instrumentos de combate ao crime organizado, “destacam-se a responsabilidade das pessoas jurídicas (penal, civil ou administrativa), a extradição, assistência judicial recíproca, a possibilidade de investigações conjuntas e técnicas especiais de investigação – como a ação controlada, infiltrações de agentes e vigilância eletrônica –, assim como a instituição de Unidades de Inteligência Financeira com a finalidade de reunir informações sobre as atividades de lavagem de capitais (MONGENOT, 2005, pag.25)”.

A Convenção representa um passo importante na luta contra o crime organizado transnacional e significa o reconhecimento por parte dos Estados-Membros da gravidade do problema, bem como a necessidade de promover e de reforçar a estreita cooperação internacional a fim de enfrentar o crime organizado transnacional.

Dessa forma, natural inferir que a Convenção de Palermo buscou apresentar outros tipos penais que pudessem ser admitidos como antecedentes ao crime da Lavagem de Dinheiro, ampliando o objeto material do delito estabelecido pela Convenção de Viena, em que se limitava apenas ao tráfico de entorpecentes. Os Estados-membros que ratificaram este instrumento se comprometeram a adotar uma série de medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a tipificação criminal na legislação nacional de atos como a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça. A convenção também prevê que os governos adotem medidas para facilitar processos de extradição, assistência legal mútua e cooperação policial. Adicionalmente, devem ser promovidas atividades de capacitação e aprimoramento de policiais e servidores públicos no sentido de reforçar a capacidade das autoridades nacionais de oferecer uma resposta eficaz ao crime organizado.

O artigo 2º, “a”, conceituou “grupo criminoso organizado”, definição de extrema importância, e de especial relevância para o Brasil, uma vez que dentre nós anteriormente inexistia.

3.4. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

Primeiramente, cabe ressaltar que a Convenção da ONU contra a corrupção é um símbolo, perante a comunidade internacional, da intenção de um Estado em combater as práticas de corrupção. Assim sendo, é notório que tem como finalidade promover e fortalecer medidas eficazes de prevenção e de combate à corrupção, estabelecendo regras gerais e princípios que os Estados membros devem observar.

Desde que foi firmada, em 09 de dezembro de 2003, na cidade mexicana de Mérida, tal instrumento se tornou um marco inicial no combate internacional às práticas corruptas, visto que mais de 110 países se comprometeram a cooperar para a recuperação de dinheiro desviado de países signatários da convenção, além da criminalização do suborno, lavagem de dinheiro e outros atos de corrupção.

Nesse ponto, convém lembrar que, em 14 de dezembro de 2005, texto da convenção entrou em vigor internacionalmente. O texto final da Convenção das Nações Unidas Contra Corrupção dispõe de 71 artigos, que regem e orientam o tratamento e práticas a serem estabelecidas pelos Estados frente aos casos de corrupção.

Tal norma internacional possui três finalidades distintas, quais sejam:

- a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;
- b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos;
- c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

3.5. Convenção Interamericana contra a Corrupção

Inicialmente, cabe ressaltar que o processo de cooperação em matéria penal no continente americano teve início com a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, ocorrida em Nassau, no ano de 1992. O resultado de tal encontro foi a edição da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, que foi alvo de ratificação pelos Estados membros do Mercosul e OEA. Tal convenção tornou-se altamente relevante em razão de ter sido ratificada por um grande número de países, assim como pela influência que exerceu sobre o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do MERCOSUL.

Nesse sentido, a Convenção Interamericana prevê a necessidade de indicação de uma autoridade central responsável pelo recebimento e envio de pedidos de assistência. Dessa forma, tal autoridade terá por objetivo exercer papel determinante dentre as medidas voltadas à modernização da assistência jurídica internacional. Ressalte-se, nesse ponto que tal padrão foi inaugurado com a Convenção da Haia de Comunicação de Atos Processuais, de 1965 e tem relevância por propiciar agilidade na tramitação de informações, contando, inclusive, com a

expertise de quem atua e comunicação direta entre as autoridades centrais sem necessidade de interferência da instância diplomática.

Outrossim, saliente-se que podem ser citados como outras formas de cooperação internacionais no âmbito da OEA a Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação, que nada mais é que produto da deliberação da V Reunião de Ministros da Justiça da OEA, que realizou-se em 2004 na cidade de Washington, EUA.

Tal rede, diga-se de passagem, é considerada a mais desenvolvida dentre as redes de cooperação jurídica penal entre os Estados membros da OEA e Mercosul. É interessante notar que a Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação estabeleceu também um mecanismo de correio eletrônico seguro que possibilita a troca de documentos e o compartilhamento de espaços de trabalho destinados ao desenvolvimento conjunto de assuntos de interesse comum.

No âmbito da América Latina, pode-se citar, ainda, a Rede Ibero-americana de Cooperação Jurídica (IberRede), que foi criada em 2004, em razão da recomendação feita durante a VI Cúpula Ibero-americana de Presidentes de Cortes Supremas e Tribunais Superiores de Justiça feita em Cartagena de Índias, na Colômbia. Tal rede tem por fulcro aperfeiçoar a cooperação jurídica em matéria civil e penal entre os países membros, assim como estabelecer sistema de informações sobre seus diferentes sistemas jurídicos. Da mencionada rede fazem parte representantes dos ministérios da justiça, dos ministérios públicos e do poder judiciário de 23 países que participam das Cúpulas Ibero-americanas de Chefes de Estado e de Governo, que além dos países latino-americanos também engloba Portugal e Espanha.

É importante rememorar que no ano de 2009, a IberRede se uniu à Eurojust a fim de aumentar a cooperação entre as autoridades nacionais na luta contra as formas de criminalidade transnacional que afetam a União Europeia. Saliente-se que o acordo estabelecido entre ambas as agências não modifica nenhuma norma legal aplicável e nem o quadro jurídico da Eurojust e da IberRede, uma vez que a colaboração mútua desses organismos consistirá na cooperação judiciária penal internacional no âmbito das competências que compartilham.

3.5. Os acordos e práticas no âmbito do Mercosul para inibir práticas de lavagem de dinheiro

Como é notório, o Mercado Comum do Sul (Mercosul) nasceu em 26 de março de 1991 com a assinatura do Tratado de Assunção pela Argentina, Brasil,

Paraguai, Uruguai e, posteriormente, contou com o ingresso da Venezuela. Ademais, constam como membros associados a Bolívia, o Chile, o Peru, a Colômbia e o Equador.

Nesse sentido, foi celebrado pelos membros do Mercosul o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penal, em 1996, entrando em vigor somente em 27 de abril de 2000. Consoante o texto do citado instrumento, há a afirmação do papel da cooperação penal como uma forma para aprofundar o processo de integração entre os países. Outrossim, há o reconhecimento da gravidade das atividades criminosas transnacionais e a dificuldade que pode surgir para a condução de investigações diante da existência de provas situadas em diferentes Estados.

Nesse diapasão, o artigo 2º do acordo dispõe que a assistência mútua compreende diversas condutas, tais como: a "notificação de atos processuais; a recepção e produção de provas; localização e identificação de pessoas; notificação de testemunhas ou peritos para comparecimento voluntário; medidas cautelares sobre bens; entrega de documentos e outros elementos de prova; apreensão, transferência e retenção de bens; e qualquer outra forma de assistência jurídica que não seja incompatível com os objetivos do protocolo ou com a legislação dos Estados-membros[19].

Da análise do citado protocolo, todavia, não restam claros os prazos para apreciação e processamento dos pedidos de assistência, visto que o texto legal somente fala em "prazo razoável", "deverá logo que possível", cláusulas jurídicas em aberto, que deixam a interpretação à mercê do bom senso dos Estados, bem como a velocidade em que serão cumpridos os pedidos.

Por outro lado, a Convenção de Nassau e o Protocolo de San Luis promovem a assistência mútua em matéria penal e possuem mecanismos interessantes, tais como, por exemplo, o dever de prestar assistência independente de haver dupla incriminação. Tais instrumentos, todavia, não substituem ou simplificam o processo de extradição. Cabe ressaltar, finalmente, que os dois documentos caracterizam a assistência não como uma faculdade, mas como um dever.

Da mesma forma, cabe lembrar que em 1998, foi celebrado o Acordo sobre Extradição entre os Estados Partes do Mercosul. Da análise do citado acordo, cabe ressaltar que, em regra é possível extraditar nacionais, ressalvadas as hipóteses em que existe disposição constitucional contrária. Nesse caso, o Estado que denegar a extradição ao requerente deverá: (i) promover o julgamento do indivíduo; (ii)

informar periodicamente o Estado requerente sobre o andamento processual; e (iii) remeter cópia da sentença proferida. (TIBURCIO, 2006, p. 219)

Dessa maneira, infere-se que essas são as regras atualmente vigentes no Mercosul no que tange à assistência jurídica internacional. Assim, no próximo tópicos abordaremos as características do mandado de captura do Mercosul e verificaremos as principais modificações que este novo instrumento pretende introduzir no processo de integração e de cooperação regional em matéria penal.

3.6. Outros instrumentos internacionais sobre o assunto

No que tange à assistência jurídica internacional, podemos,, ainda, citar como instrumentos norteadores das atividades de combate às práticas de lavagem de dinheiro:

“I) Regulamento modelo sobre Delitos de Lavagem relacionados com o Tráfico de Drogas e Delitos Conexos, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas(CICAD), aprovado na XXII Assembléia Geral da OEA, nas Bahamas entre 18 e 23 de maio de 1992, com a participação do Brasil;

II) Planos de Ação firmado pelo Brasil em Miami, após reuniões da Cúpula das Américas no âmbito da OEA, em dezembro de 1994

III) Declaração de Princípios sobre Lavagem de Dinheiro, firmada pelo Brasil em Buenos Aires, em dezembro de 1995, na Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumentos do Crime (MONGENOT, 2005, pag.56)”

3.7. Aspectos sob os quais podem recair a assistência jurídica internacional

Inicialmente, cabe lembrar que a realidade contemporânea convive com o aumento do fluxo de pessoas e mercadorias por meio do desenvolvimento dos transportes e de instrumentos criados por acordos internacionais no âmbito global e regional que facilitam a circulação para além das fronteiras. Dessa forma, o alargamento e aprimoramento da cooperação jurídica internacional aparece como reflexo da preocupação dos Estados em mitigar os efeitos negativos da globalização no que se refere à concretização da justiça nas relações internacionais. (SAADI e BEZERRA, 2012, p. 22) O dever estatal de prover a justiça depende hoje do desenvolvimento de mecanismos para que o Estado atinja bens e pessoas que podem não estar mais em seu território. (PÍRES JÚNIOR, 2012, p.17).

Assim sendo, pode-se dizer que a Cooperação jurídica internacional significa, em sentido amplo, pode ser compreendida como o intercâmbio

internacional de informações para o cumprimento extraterritorial de medidas demandadas pelo poder judiciário de outro Estado. A cooperação jurídica internacional ainda pode ser concebida como o conjunto de atos que regulamentam o relacionamento entre dois ou mais Estados (cooperação horizontal) ou entre Estados e Tribunais Internacionais (cooperação vertical).

Pois bem, dentro do Mercosul, assim como na União Européia, o tráfego e circulação de pessoas é flexível, não necessitando, por vezes, de apresentação de documentos para ingresso em um determinado país membro do acordo. Muito embora esta flexibilidade relativa ao trânsito de pessoas possa trazer aspectos positivos, notadamente para o turismo; porém, traz como malefício dificuldade no combate à criminalidade, uma vez que indivíduos respondendo a processo penal ou que foram condenados podem utilizar essa liberdade para se ocultarem da justiça. (VENANCIO, 2012, p. 28)

Assim sendo, na área relativa ao Direito Penal, a cooperação internacional se dá, via de regra, por meio da extradição. Todavia, nos dias atuais, com a globalização, o cenário se modificou inteiramente, em especial, com a expansão do crime extraterritorial e a maior facilidade dos estados de obterem a entrega de criminosos de forma diversa da extradição. (ARAÚJO, 2012, p. 39)

Nesse diapasão, pode-se citar o exemplo da União Europeia, que substituiu completamente o procedimento de extradição pelo mandado de detenção europeu em diversos crimes. Pois bem, o mandado de detenção europeu pode ser definido como uma decisão judiciária válida em toda a União Europeia, proveniente da autoridade judicial de um Estado Membro e executada em outro com base no princípio do reconhecimento mútuo que cria um mecanismo simplificado e célere de entrega de pessoas procuradas para fins de procedimento penal ou para a execução de pena decorrente de sentença judicial.

Destarte, pode-se citar como as principais vantagens do mandado de detenção a ausência de intervenção diplomática, bem como a agilidade e a prevalência do princípio do reconhecimento mútuo, que estabelece que as decisões judiciais emitidas por uma autoridade judicial de um Estado-membro serão reconhecidas no Estado requerido assim como uma decisão de um juiz nacional deste seria igualmente reconhecida pelo juiz de outro Estado membro. (VENANCIO, 2012, p. 32).

Infere-se, portanto, que, em razão da total liberdade de fluxo de pessoas entre os países da União Européia, o instituto da extradição tornou-se um instrumento inadequado e um grande óbice ao combate à criminalidade. O mandado

de detenção europeu tornou-se uma das medidas mais eficientes no combate ao terrorismo e outras condutas perpetradas por organizações criminosas.

Todavia, a adoção de tal medida não foi pacífica desde o início. Como problemática enfrentada pelos Estados Membros da União Europeia, pode-se citar a incompatibilidade de tal instrumento com as constituições da Alemanha, do Chipre e da Polônia, em razão da expressa proibição de entrega de nacionais para responder a processo penal em outro Estado-membro.

Logo, foram necessárias alterações constitucionais para permitir que nacionais destes países fossem entregues aos Estados, para serem processados e julgados. Dessa maneira, o cumprimento da pena pode ser executado tanto no Estado requerente quanto no requerido, dependendo do que for acordado entre eles. (VENANCIO, 2012, p. 32)

Inspirado no instrumento instituído pela União Europeia, o Conselho do Mercado Comum do Sul, formado pelos governos do Brasil, Argentina, Bolívia, Equador, Paraguai, Peru e Uruguai, em reunião realizada em 16 de dezembro de 2010, os assinaram o Acordo sobre o Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre Estados Partes do Mercosul e Estados Associados (MERCOSUL/CMC/DEC. N° 48/10). Tal acordo prevê instrumento simplificado para o procedimento de extradição tradicional no âmbito do Mercosul. Dispõe o artigo 22 da Decisão CMC n° 48/10:

Artigo 22 - Vigência. 1. O presente Acordo entrará em vigor trinta (30) dias após o depósito do instrumento de ratificação pelo quarto Estado Parte do MERCOSUL. Na mesma data, entrará em vigor para os Estados Associados que hajam anteriormente ratificado. 2. Para os Estados Associados que não tenham ratificado com antecedência a esta data, o Acordo passará a vigorar no mesmo

dia em que seja depositado o respectivo instrumento de ratificação. (...)"

Da análise do citado acordo, infere-se que o âmbito de aplicação do Acordo é extremamente restrito, pois apenas estão abrangidos os crimes contidos em convenções internacionais ratificadas pelo Estado emissor e pelo Estado executor do mandado.

Sistematicamente, são causas de denegação facultativa do cumprimento do mandado de captura: (i) a nacionalidade do

indivíduo reclamado não pode ser invocada como causa de escusa, salvo disposição constitucional contrária; (ii) crimes cometidos no todo, ou em parte, no Estado de execução; (iii) se a pessoa procurada já estiver respondendo processo penal pelo crime ou pelos crimes que fundamentam o mandado; (iv) por questões especiais de soberania nacional, segurança ou ordem pública ou outros interesses essenciais.⁹ O Acordo não pretende impor a entrega de nacionais como regra absoluta e se coloca num patamar inferior ao da constituição dos Estados-membros, mas, faculta a negativa por parte do Estado membro que, mesmo sem vedação constitucional, pode denegar a entrega alegando ausência de reciprocidade no caso do outro Estado invocar a exceção de nacionalidade. Em virtude dessa disposição do Acordo do Mercosul, todos os questionamentos constitucionais decorrentes da transposição do mandado de detenção europeu são inaplicáveis ao mandado de captura. (VENANCIO, 212, p.42- 43)

As hipóteses (ii) e (iii) são similares ao disposto no mandado de detenção, mas, a hipótese (iv) prevista no artigo 4º item 2 do Acordo permite de que os Estados se recusem a cumprir o mandado de captura por questões internas envolvendo segurança e ordem pública. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados acaba por possibilitar o afastamento das disposições contidas no Acordo em situações que, na opinião da autora deste artigo, podem acabar beirando a subjetividade e incentivam descumprimentos arbitrários. Isso prejudica os objetivos primordiais do mandado de captura, que seriam simplificar o procedimento e afastar as questões de natureza política, de maneira a fortalecer o combate à criminalidade. Esta última hipótese aproxima o mandado de captura da discricionariedade que o Poder Executivo possui no caso de extradição. (VENANCIO, 212, p. 43)

Ademais, o mandado de captura do Mercosul pode ser compreendido como um instrumento excepcional no combate aos crimes transacionais, visto que a regra aplicável aos crimes comuns continua sendo os Acordos sobre Extradicação vigentes entre os Estados.

O Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul, concluído no Rio de Janeiro em 10 de dezembro de 1998, rege os pedidos extradicionais entre

os membros do Mercosul. Dois Estados Associados, Chile e Bolívia têm um acordo de extradição com o Mercosul, porém, eventuais pedidos de Extradição que não estejam regidos por acordos celebrados no âmbito mercosulino serão aplicados os tratados bilaterais. (VENANCIO, 212, p. 44)

3.8 Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro - GAFI

Em 1989, foi criado no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, o GAFI - Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (ou FATF - Financial Action Task Force on Money Laundering).

Trata-se de um organismo intergovernamental, que tem como objetivo o desenvolvimento e a promoção de estratégias para combater a lavagem de dinheiro. Examina medidas, desenvolve políticas e promove ações para o combate à lavagem de dinheiro, de forma a evitar que os produtos de atividades ilícitas sejam utilizados para financiar atividades criminosas. Conta com peritos em questões jurídicas, financeiras e operacionais. Atualmente é composto por 31 países (África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Hong Kong, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Portugal, Rússia, Singapura, Suécia, Suíça e Turquia) e duas organizações internacionais (Comissão Europeia e o Conselho de Cooperação do Golfo). Tal é a importância e a força do GAFI, que, para efeito de cooperação internacional, o indicador utilizado para analisar os países é o reconhecimento pleno pelo GAFI, dos procedimentos adotados para controlar a lavagem de dinheiro.

Em 1990, foi publicado pelo GAFI um conjunto de sugestões de medidas a serem adotadas pelos países para combater o crime de lavagem de dinheiro. Essas sugestões, conhecidas internacionalmente como as "Quarenta Recomendações do GAFI" se tornaram a mais importante referência mundial no que tange à prevenção e combate à lavagem de dinheiro. As Quarenta Recomendações constituem um conjunto de princípios para nortear o sistema de justiça penal e aplicação das leis; o sistema financeiro e a sua regulamentação; e a cooperação internacional, no que se refere à prevenção e combate à lavagem de dinheiro, nos diferentes países. Como princípios que são, não têm caráter coercitivo e restritivo. Resguardam as peculiaridades locais e respeitam as diferenças naturalmente existentes entre as nações. Os países membros do OAFI comprometeram-se a cumpri-las e a aceitar verificações multilaterais e exames mútuos. As Quarenta Recomendações são periodicamente revisadas e atualizadas de acordo com o cenário internacional e as características contemporâneas do crime de lavagem de dinheiro. A última revisão foi realizada em junho de 2003.

4. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL

4.1. Considerações específicas relacionadas com os crimes de lavagem de dinheiro

A realidade contemporânea convive com o aumento do fluxo de pessoas e mercadorias por meio do desenvolvimento dos transportes e de instrumentos criados por acordos internacionais no âmbito global e regional, que facilitam a circulação para além das fronteiras. O alargamento e aprimoramento da cooperação jurídica internacional surgem como reflexo da preocupação dos Estados em mitigar os efeitos negativos da globalização no que se refere à concretização da justiça nas relações internacionais (SAADI e BEZERRA, 2012, p. 22). O dever estatal de prover a justiça depende hoje do desenvolvimento de mecanismos para que o Estado atinja bens e pessoas que podem não estar mais em seu território. (PÍRES JÚNIOR, 2012, p.17).

Nesse ínterim, cooperação jurídica internacional significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas demandadas pelo poder judiciário de outro Estado que pode ser definida como o conjunto de atos que regulamentam o relacionamento entre dois ou mais Estados (cooperação horizontal) ou entre Estados e Tribunais Internacionais (cooperação vertical).

O poder judiciário sofre uma limitação territorial de sua jurisdição que decorre dos próprios limites do exercício de soberania do Estado, portanto, é necessário pedir ao Poder Judiciário de outro Estado que o auxilie em situações que vão além de suas fronteiras.

Dentro do Mercosul a circulação de pessoas é flexível, de maneira que se pode, por exemplo, ingressar nos países membros apenas com o documento de identidade, dispensando o passaporte. Esta maleabilidade relativa ao trânsito de pessoas traz aspectos positivos, em especial para o turismo; porém, o principal problema é relativo ao combate à criminalidade, uma vez que indivíduos respondendo a processo penal ou que foram condenados podem utilizar essa liberdade para se ocultarem da justiça. (VENANCIO, 2012, p. 28)

O estágio de integração e cooperação em matéria penal é ainda incipiente no âmbito mercosulino. Alguns exemplos fáticos ilustram a necessidade de fortalecer os mecanismos de combate ao crime organizado transfronteiriço entre os países do bloco. Quando foi deflagrada a operação Fênix, a Polícia Federal do Brasil identificou seis fornecedores de drogas e armas paraguaios que tinham ligação com o traficante brasileiro conhecido como Fernandinho Beira-Mar. Havia acordo com o Ministério

Público do Paraguai e a polícia paraguaia devia ter prendido os acusados, mas, ninguém foi preso no Paraguai (RUSSOWSKY, 2011). A ligação entre o tráfico nos dois países é profunda, tanto que, segundo informações da imprensa, 70% do plantio de maconha em território paraguaio seria dominado por um “consórcio” de traficantes do Rio de Janeiro e de São Paulo. Esse fato ressalta a relevância de instrumentos de cooperação capazes de promover a o combate ao tráfico de drogas e outros crimes que afetam os países do bloco[20].

Essa constatação deu origem a uma união de esforços entre diversos Estados, resultando na celebração de convenções, tratados e outros instrumentos normativos, a fim de facilitar a cooperação internacional na matéria penal, como exposto no capítulo anterior. Assim sendo, devido à gravidade e ao caráter transnacional da lavagem de dinheiro, apenas uma legislação internacional sincronizada, somada a uma eficiente cooperação interestados, pode prevenir e combater essa prática.

Dessa maneira, no presente capítulo, pretende-se traçar um panorama geral das legislações dos países integrantes do Mercosul, apresentando os principais instrumentos jurídicos em vigor em cada um deles para coibir a prática dos crimes relacionados à lavagem de dinheiro.

4.2 Legislação brasileira

Desde a ratificação da Convenção de Viena, em 1991, o Brasil assumiu uma série de compromissos, no âmbito do direito internacional, no sentido de tipificar como crime as práticas que visem a “lavagem de dinheiro” e a ocultação de bens, direitos ou valores oriundos de determinados crimes considerados de especial gravidade, além de estabelecer regras processuais especiais para o tratamento do assunto. Nesse sentido, foi editada a Lei 9.613/1998, alterada pela Lei nº10.467/2002.

Saliente-se que até a publicação da citada lei, a prática de lavagem de dinheiro não podia ser eficazmente coibida pelas autoridades policiais e judiciárias brasileiras, dada a falta de regulamentação específica (MEDEIROS; CARDOZO, 1998). Mesmo sendo alvo de diversas críticas por parte daqueles que lidam com o Direito (advogados, juízes, estudiosos), não há como negar que esta norma representa um avanço do Direto Penal brasileiro, aproximando-o das legislações estrangeiras mais modernas (GÓES, 1998).

Fazendo uma breve análise da citada lei, infere-se que no artigo 1º da citada norma é feita a descrição da conduta de “lavagem de dinheiro” e indicados os crimes aos quais ela necessariamente deve estar relacionada para ser tipificada como

tal (crimes antecedentes). É uma relação taxativa e, por isso, somente os crimes expressamente citados nos incisos I a VIII podem anteceder a “lavagem de dinheiro”.

Art. 1º - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº-10.701, de 9.7.2003)

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº-2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº-10.467, de 11.6.2002)

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

É interessante destacar que, de acordo com os parágrafos 1º e 2º do artigo em foco, sujeitam-se à mesma pena que o “lavador de dinheiro” as pessoas que, de alguma forma, contribuam para que as condutas anteriormente mencionadas sejam bem sucedidas.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Ainda com relação ao primeiro artigo, cabe acrescentar que o legislador, visando estimular a colaboração espontânea dos infratores para com as autoridades, prevê atenuações de pena (pena privilegiada), caso eles prestem esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações.

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Além de tipificar o crime da lavagem de dinheiro, a Lei 9.613/1998 instituiu obrigações com a finalidade de prevenir que o Sistema Financeiro seja utilizado para a lavagem de dinheiro; definiu as pessoas e sujeitos ao cumprimento das obrigações; definiu os crimes antecedentes a lavagem de dinheiro; criou o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e estabeleceu sanções para o caso de descumprimento.

Outrossim, se enquadram como pessoas e setores sujeitos a Lei 9.613/98: as instituições financeiras; bolsa de valores ou bolsa de mercadorias ou futuros; administradoras de cartão de crédito ou de consórcio; empresas de arrendamento mercantil (leasing) ou fomento comercial (factoring); seguradoras e corretoras de

seguro; entidades de previdência complementar ou de capitalização; imobiliárias; comerciantes de jóias; obras de arte e antiguidades; pedras e metais preciosos; comerciantes de bens de luxo ou de alto valor; bingos e loterias; atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; e setores e entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiros, de câmbio, de capitais e de seguros.

De acordo com a Exposição de Motivos da Lei em foco - Exposição de Motivos nº 692 -, para a concepção e elaboração do artigo que trata das pessoas e setores sujeitos à Lei, o legislador fez uso do conceito de compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e os setores da atividade econômica utilizados para a "lavagem de dinheiro". Este conceito encontra amparo no art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que estabelece que a segurança pública é um dever do Estado, mas, também, direito e responsabilidade de todos.

Além disso, este compartilhamento se justifica por razões de ordem prática: os setores "convocados" têm melhores condições de distinguir entre operações lícitas e ilícitas, uma vez que estão mais próximos dos clientes.

(...)

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II - a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

I - as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros;

II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;

III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;

IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;

V - as empresas de arrendamento mercantil (leasing) e as de fomento comercial (factoring);

VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antigüidades.

XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

No que diz respeito às disposições processuais trazidas pela citada lei, o inciso I, do art. 2º, estabelece que o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei 9.613/1998 são regidos pelo procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, de competência do juízo singular, já previsto no Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).

Fazendo uma breve análise da lei supramencionada, infere-se que suas normas complementares surgiram, como se viu, no intuito de coibir esta prática tão nefasta que é a “lavagem de dinheiro”. Contudo, as expectativas criadas pela entrada em vigor desta legislação, ao que parece, estão muito além da sua real capacidade de alcance. Há muitas questões jurídicas difíceis de serem solucionadas, na maioria das vezes, envolvendo aspectos constitucionais. Além disso, há uma série de dificuldades de ordem prática, como por exemplo carência de pessoal especializado e equipamento de ponta para auxiliar/otimizar as investigações e o levantamento de provas.

Mesmo assim, a despeito das deficiências até agora apontadas, há que se reconhecer que houve avanços e que isso é muito importante. O que não se pode permitir, é que na falta de condições ideais de atuação, o Estado aja com pouco rigor, ou deixe de agir, para que suas ações não sejam frustradas.

4.3 Legislação Argentina

No que tange ao ordenamento jurídico argentino, insta ressaltar que em 13 de abril de 2000 foi editada a Lei 25.246, que alterou o Código Penal, criando três situações fundamentais no que tange à lavagem de dinheiro[21]:

“1 crea un nuevo régimen penal para conductas de reciclaje de dinero; dándole una nueva perspectiva al delito de encubrimiento;

2 genera un conjunto de obligaciones para los intermediarios financieros; establece un régimen de sujetos obligados a informar estas operaciones sospechosas;

3 crea la denominada "Unidad de Información Financiera (UIF)" que deberá funcionar dependiendo del Ministerio de Justicia, organismo encargado del análisis, tratamiento y transmisión de la información de operaciones inusuales provenientes de delitos graves; 4 establece un régimen de sujetos obligados a informar estas operaciones sospechosas.”

Pois bem, nesse sentido, no ano de 2010, foi publicado o um importante instrumento no campo de luta contra lavagem de dinheiros, o Decreto nº 1936/2010, que previu a reorganização do sistema de prevenção de lavagem de dinheiro, determinando que a Unidade de Informação Financeira Argentina passasse a integrar os Grupos de Ação Financeira Internacional (FATF/GAFI), de Ação financeira do Sul

(GAFISUD) à Comissão Interamericana contra o Abuso de Drogas da Organização dos Estados americanos (CICAD-OEA-LAVEX).

Outrossim, no ano de 2011, foram sancionados dois novos projetos de lei versando sobre a temática de lavagem de dinheiro: um sobre crimes que tenham por objeto o financiamento do terrorismo (Lei nº 25.246/2011) e outro que incorpora as figuras de manipulação de mercado e abuso de informação privilegiada, entre outros, sob o título de "crimes contra a ordem econômica e financeira" e "branqueamento de capitais (lei nº 26.733/2011)".

Da mesma forma, a Lei nº 26.683, alterou a definição criminal de lavagem de dinheiro, criando, inclusive, um título especial para o tema no Código Penal Argentino, *in verbis*:

Artículo 25°. Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de seis mil a quinientos australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución delos hechos previstos en esta ley, interviniere en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesion de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos, o del beneficio económico obtenido del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado.

Con la misma pena será reprimido el que comprare, guardare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado

A los fines de la aplicación de este artículo no importará que el hecho originante de las ganancias, cosas, bienes o beneficios se haya producido en el territorio extranjero (CERVINI, 1998, p.198).

A Argentina, segundo Raúl Cervini (1998), no artigo 39 do seu Código Penal, estabelece também que os valores obtidos com a venda dos bens apreendidos, serão utilizados na luta contra o tráfico de drogas e ao consumo de drogas ou substâncias análogas. Este aspecto da lei Argentina é passível de aplausos pois tenta acabar com os crimes propulsores da lavagem de dinheiro, que são o tráfico de drogas, bem como objetiva cuidar da parcela da população que foi "vítima" dos efeitos devastadores das drogas no ser humano.

Ressalte-se, nesse ponto, que a citada alteração legislativa também introduziu o estabelecimento da responsabilidade penal das pessoas coletivas e

estabeleceu novas regras para o confisco de bens, instrumentos esses inovadores no tema.

Ademais, foi editado o Decreto nº 1642/2011, por intermédio do qual foi criado o "Programa Nacional de Monitoramento da Implementação de Políticas para a Prevenção do Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo", que tem por objetivo "unir os esforços de todas as entidades públicas e privadas e organizações da sociedade civil envolvidas na prevenção e repressão de crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo".

Quanto à efetividade propriamente dita de tais instrumentos, juristas argentinos ressaltam que as novas regras que regulam a questão de lavagem de dinheiro na Argentina tiveram diversos pontos de grande importância, tais como a incriminação do crime antecedente[22]:

"La nueva ley argentina de lavado de dinero, admite como delito previo la totalidad de los delitos. Con ello el legislador ha ido mucho más allá de lo que los compromisos internacionales imponían a la República Argentina, pero también mucho más allá de lo que el derecho comparado admite como razonable y de lo que, en definitiva, permite una aplicación sensata en materia de derecho internacional. En el año 2000, Naciones Unidas celebró una Convención contra el Crimen Organizado Transnacional, que incluye un capítulo sobre Lavado de Dinero y que modificó la obligación que había señalado la Convención del año 1988 de crear el delito de lavado proveniente únicamente del narcotráfico y recomendó a los países signatarios extender la nómina de delitos previos. Hay distintos modelos en el derecho comparado. Un extremo es considerar únicamente delitos previos los que tenían que ver con el narcotráfico como lo hacía la ley argentina anterior.

El punto de inflexión pasa por admitir como delitos previos al conjunto de delitos asociados de acuerdo al criterio de Naciones Unidas con el crimen organizado transnacional. Esto es narcotráfico, terrorismo, compraventa de seres y órganos humanos, contrabando de armas, los delitos que en la Argentina están como delitos contra la administración pública, que genéricamente se definen como de corrupción. Es decir, se trata de aquellos delitos con entidad para afectar a toda la comunidad internacional.

Además, de la mera lectura de los requisitos del tipo del art. 278 del Código Penal reformado, se advierte que delito previo puede ser cualquiera y que, además, puede haber tenido lugar en cualquier lugar del planeta. Ya con eso tenemos infinidad de cuestiones de tipo probatorio.

Además, ¿hasta qué punto tiene que haber avanzado el delito para tenerse por acreditado el requisito de delito previo?

Podríamos hasta llegar a considerar que hace falta sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, con lo que semejante requisito sería casi de imposible cumplimiento para llegar a condenar por el delito de lavado de dinero”.

Tais normas, em suma, são tidas pelos especialistas como boas práticas para transparência e identificação de situações anormais. Infere-se, portanto, que existem diversos recursos e ferramentas disponíveis na legislação, a fim de reforçar e orientar os esforços nesta área.

4.4 Legislação uruguaia

O delito de lavagem de dinheiro no Direito Positivo Uruguaio, aparece, basicamente, em duas vertentes distintas, o branqueamento de capitais, previsto na lei de entorpecentes; e os delitos de lavagem de dinheiro vinculados à corrupção pública, *in verbis*:

El delito de lavado de dinero se tipificó en el Uruguay por primera vez en 1998 (L. 17.016, de 22.10.981) en cumplimiento del compromiso internacional asumido en la Convención de Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena en 1988, que fuera oportunamente ratificada, cuatro años antes, por L. 16.579/94.

Un delito “nuevo”, creado en el año 1998, no ha dejado desde entonces de crecer y ramificarse, desarrollándose con ello un proceso expansivo de la criminalización, de una forma considerada propia de la criminalidad no convencional, de tipo organizada, donde se advierte la construcción, en búsqueda de la eficacia, de un derecho penal excepcional, en relación con el derecho clásico, de garantías, liberal y democrático.

Segundo o Professor Dr. Miguel Langón Cunãro:

"El esquema de expansión del tipo en el Uruguay es el siguiente:

- a) L. 16.579, de 1994, aprueba la Convención de Viena de 1988, por la que Uruguay se compromete a crear el delito de lavado de dinero.
- b) L. 17.016, de 1998, de creación de los delitos de lavado de activos.
- c) L. 17.060, de 1998, tipificación del delito de blanqueo, procedente de corrupción.
- d) L. 17.343, de 2001, amplió la figura alcanzando al lavado procedente de delitos graves.
- e) L. 17.835, de 2004, amplió el tipo y elevó la pena a guarismos de penitenciaría.
- f) L. 18.026, de 2006, ampliatoria de los delitos precedentes del lavado.

A partir de su creación en 1998, los tipos de lavado de activos que aparecen legislados en los artículos 54 y siguientes del DL 14.294/749, se han incrementado enormemente, por lo menos en el papel, ya que, aunque se multiplicaron las formas en que teóricamente se puede dar este delito, en los hechos, en buena medida, integra el llamado derecho penal simbólico, aunque el mes de septiembre del año 2006, en que se efectuó el primer gran procedimiento contra el narcotráfico en el país, todavía sin sentencias de condena, como es natural¹⁰, puede significar un punto de inflexión respecto de la eficacia en la represión de este crimen.

En efecto, en aquel año de 1998 se dictó también la llamada Ley Anticorrupción (L. 17.060, de 23.12.98) cuyo art. 29 tipificó autónomamente el delito de "blanqueo de dinero" procedente de delitos contra la administración pública, tales como el cohecho, la concusión, el tráfico de influencias, la utilización indebida de información privilegiada y otros"

Ainda, de acordo com a legislação uruguaia, no que tange aos delitos de branqueamento de capitais propriamente ditos, existem dois tipos de tipos penais:

Tiene dos modalidades esenciales:

a) el lavado sensu stricto que consiste en "transferir" o "convertir" beneficios de procedencia ilícita, o "adquirir", "poseer", "utilizar", "tener en su poder" o "realizar cualquier tipo de transacción" sobre ellos, y

b) el lavado latu sensu, que estrictamente sería el viejo encubrimiento, que consiste en "ocultar, suprimir o alterar" indicios, "impedir" la determinación de la real naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de dichos productos o derechos, así como el "asistir" a los delincuentes del tipo básico (tráfico de drogas, delitos graves) para asegurar el beneficio o el resultado, para obstaculizar la acción de la justicia o eludir las consecuencias de sus acciones, así como también "cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento" dado a los concernidos.

Nesse sentido, em suma, os delitos de lavagem de dinheiro são definidos na legislação uruguaia como um comportamento tendente a ocultar ou dissimular a natureza dos bens obtidos ilegalmente, com o objetivo de conferir a estes o aspecto de oriundo de fontes legítimas.

Fazendo uma breve análise da legislação penal de tal país, os juristas uruguaios ressaltam que a problemática relacionada à autoria e participação nesses delitos reside, essencialmente:

1) na possibilidade de que o autor do delito precedente pode também incorrer lavagem (o problema da "auto-lavagem") e,

2) na expansão do número de parceiros (no que tem a ver, a questão imputação de padrão e até mesmo por mera negligência).

Outrossim, destacam que a legislação uruguaia não prevê nos seus tipos penais qualquer expressão relacionada à intenção ou finalidade (dolo específico de ato), não requerendo, assim, qualquer elemento subjetivo específico para a caracterização do tipo penal (Art. 18 C.P.).

Nesse sentido, outro aspecto interessante, segundo os doutrinadores uruguaus, é a disposição prevista no artigo 19 do Código Penal, que estabelece a punição excepcional pelos delitos de lavagem de dinheiro à título de imprudência.

No tange ao sistema processual uruguaio, podem ser observados, em síntese, os seguintes instrumentos para coibir a prática de delitos de lavagem de dinheiro:

- 1) Ya indicamos que la fijación de una pena mínima de dos años de reclusión (que se denomina pena de penitenciaría) tiene consecuencias en el régimen procesal, en cuanto impone que junto al auto de procesamiento se imponga la prisión preventiva del sospechoso, y que luego el juez ordinario no pueda concederle la libertad provisional.
- 2) Por esa misma razón (la imposición de condena de penitenciaría en todos los casos) las personas no podrán ser beneficiadas por la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que es entre nosotros una forma de extinguir el delito.
- 3) Otra consecuencia de que la pena sea de penitenciaría se refleja en el hecho de que la Suprema Corte de Justicia no le podrá conceder la libertad anticipada hasta que no haya cumplido por lo menos la mitad de la condena (art. 328 Código del Proceso Penal según redacción de L. 16.349/93 y art. 11 de L. 17.897/05).
- 4) Excepcionalmente, por tratarse casi con seguridad de casos de delincuencia organizada, la ley autoriza el empleo de agente provocador para lograr su represión, imponiéndosele medidas preventivas de seguridad.
- 5) A mi juicio son aplicables a los delitos de lavado de activos, las disposiciones previstas en la ley de drogas, en cuanto al castigo de la tentativa con la misma pena que la consumación y a la punición, excepcional entre nosotros de los actos preparatorios, que se punen con las dos terceras partes de la pena, pero que el juez puede elevar hasta la mitad según "la gravedad del hecho cometido y la personalidad del agente" (art. 37 ley especial).

6) Se prevé un régimen especial de evaluación del elemento intencional, permitiéndose inferir el dolo “de las circunstancias del caso”⁴³, autorizando al juez a fallar por

“convicción moral”, que, además, se viene admitiendo por la jurisprudencia que puede formarse sobre la base de una “prueba de carácter indiciario”, o prueba racional, lo que es de capital importancia al momento de determinar la prueba del conocimiento por parte del agente del origen ilícito de los efectos que maneja.

7) Se adoptó el sistema de la “entrega vigilada”, preconizado en la Convención de Viena⁴⁶, por L. 17.835/0447, y se creó una cierta pesquisa reservada o secreta, que

pone en cuestión los límites de la relación institución-cliente y el secreto bancario, a través del régimen de la UIAF analizado supra, lo que, de alguna manera, nos acerca, además, peligrosamente a la conculcación de los principios de inocencia y de incolumidad, y a la inversión de la carga de la prueba.

Se exhibió el régimen del embargo preventivo y del decomiso, estableciéndose incluso normas sobre la caducidad de los derechos que se pudieran tener sobre ciertos bienes, lo que determina la definitiva confiscación.

4.5 Legislação paraguaia

Como é notório, a posição a respeito dos crimes de lavagem de dinheiro defendida pela Convenção de Viena apresenta uma mudança e um grande avanço na política criminal, como especial destaque para criminalização dos rendimentos ilícitos obtidos com tais prática de tais crimes.

Neste diapasão, a Constituição Paraguaia de 1992, no artigo 71[23], determinou que o Estado reprima a produção e tráfico de drogas e narcótico. Todavia, somente com a promulgação, em 10 de janeiro de 1997, da Lei nº 1015/1996, a lavagem de dinheiro foi criminalizada como delito.

Segundo o Professor Ricardo Preda:

"Ahora bien, en la práctica los artículos 3 y 4 de Ley 1015 no fueron aplicados, pues el art. 196 del Código Penal, Ley 1160/97, que entró en vigencia el 28 de noviembre de 1998, previó el hecho punible de lavado de dinero y en consecuencia derogó la Ley 1015/97 en lo atinente a la tipificación de ese hecho punible. El Código Penal, además de agregar conductas, amplió los hechos antijurídicos subyacentes.

En el año 2008 se promulgó la Ley 3440, la cual modificó el Código Penal y entró en vigencia el 16 de julio de 2009, un año después de su promulgación. El art. 196, que prevé el lavado de dinero, tuvo un nuevo aumento en el catálogo de hechos antijurídicos subyacentes, se aclararon algunos términos y se agregó un inc. 10 en el cual expresamente se establece que no se necesita una condena previa por el delito antecedente para la persecución penal por lavado de dinero.

No que tange ao Código Penal Paraguai, o artigo 196 criminalizou a conduta de lavagem de dinheiro ao prever que:

Artículo 196.- Lavado de dinero

1º El que:

1. ocultara un objeto proveniente de

a) un crimen;

b) un hecho punible realizado por un miembro de una asociación criminal prevista en el artículo 239,

c) un hecho punible señalado en la Ley Nº. 1.340/88, artículos 37 al 45; o

2. respecto de tal objeto disimulara su procedencia, frustrara o peligrara el conocimiento de su procedencia o ubicación, su hallazgo, su comiso, su comiso especial o su secuestro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º La misma pena se aplicará al que:

1. obtuviera un objeto señalado en el inciso anterior, lo proporcionara a un tercero; o

2. lo guardara o lo utilizara para sí o para otro, habiendo conocido su procedencia en el momento de la obtención.

3º En estos casos, será castigada también la tentativa.

4º Cuando el autor actuara comercialmente o como miembro de una banda formada para la realización continuada de lavado de dinero, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años. Se aplicará además lo dispuesto en los artículos 57 y 94.

5º El que en los casos de los incisos 1º y 2º, y por negligencia grave, desconociera la procedencia del objeto de un hecho antijurídico señalado en el numeral 1 del inciso 1º, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

6º El hecho no será punible conforme al inciso 2º, cuando el objeto haya sido obtenido con anterioridad por un tercero de buena fe.

7º A los objetos señalados en los incisos 1º, 2º y 5, se equiparán los provenientes de un hecho punible realizado fuera del ámbito de aplicación de esta ley, cuando el hecho se halle penalmente sancionado en el lugar de su realización.

8º No será castigado por lavado de dinero el que:

1. voluntariamente informara o hiciera informar sobre el hecho a la autoridad competente, siempre que éste aún no haya sido totalmente o parcialmente descubierto, y que el autor lo supiera; y

2. en los casos de los incisos 1º y 2º, bajo los presupuestos del numeral anterior, facilitara el secuestro de los objetos relativos al hecho punible.

Fazendo uma análise das atividades tipificadas pelo artigo 196, o Professor Ricardo Preda pondera que:

La formulación del art. 196 resulta por demás compleja (Así también advierten en Alemania al respecto del § 261: autores de la talla de Tiedemann y Lampe). En ese sentido, se advierten la combinación de varias conductas (cuatro en el inc. 1° y otras cuatro en el inc. 2°) con un objeto material definido en el mismo inc. 1°, que es básicamente que provenga de un hecho antijurídico, aunque este es limitado por un catálogo. La misma complejidad se advierte en el tipo subjetivo, el cual no solo se castiga la conducta dolosa, sino una variante poco usual de conducta culposa. De hecho, la fórmula del tipo subjetivo solo se utiliza en el Código Penal en dos lugares, el art. 196, inc. 5° y el 179, inc. 2°. No se trata de una simple conducta culposa, sino en realidad se eleva el estándar a lo que se denomina “negligencia grave”, pero solo en cuanto al origen, pues con relación a las conductas desplegadas, el obrar deberá ser doloso.

En el lavado de dinero, se castiga la tentativa en virtud al inciso 3°. Asimismo, se agrava la pena a 10 años y se autoriza la aplicación de los arts. 57 y 94, cuando se actuara comercialmente o como miembro de una organización para lavar dinero (inc. 4°). No importa que los objetos provengan de hechos antijurídicos ocurridos en el extranjero (inc. 7°).

Uma questão que é importante a se destacar na legislação paraguaia é que, atualmente, o citado país não tem autoridade para confiscar e apreender recursos que tenham por objeto o financiamento do terrorismo, visto que a Constituição do Paraguai proíbe o confisco de bens pessoais.

A boa notícia é que está em curso no Congresso Paraguaio um projeto de lei que tem por objetivo abordar questões relacionadas com o financiamento do terrorismo. Tal projeto, ainda, se aprovado, irá estabelecer reformas nacionais importantes, tais como lavagem de dinheiro como um crime autónomo punível com pena de prisão de cinco a 20 anos.

4.6 Legislação da Venezuela

Como exhaustivamente exposto no presente trabalho, globalmente há uma preocupação em erradicar a lavagem de dinheiro. Nesse sentido, diversas lutas têm sido travadas contra esse crime, que procura ocultar a existência, origem,

movimentação e destino das mercadorias ou de fundos que têm fontes ilícitas e fazê-los parecer como provenientes de atividades lícitas ou legítimas.

Dessa forma, os crimes de lavagem de dinheiro na Venezuela são puníveis com prisão, visto que encontram-se previstos no artigo 35 de **Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo del 30 de abril del 2012**.

Nesse sentido, o artigo 4º da Lei Contra o Crime Organizado dispõe que:

"Quien por sí o por interpuesta persona sea propietario o poseedor de capitales, bienes, haberes o beneficios cuyo origen derive de actividades ilícitas o de delitos graves, será castigado con prisión de ocho a doce años y multa equivalente al valor del incremento patrimonial ilícitamente obtenido".

Ressalte-se, ainda, que, segundo o citado artigo, tal pena também se aplicará a quem realizar a conversão, transferência ou transmissão por qualquer meio de bens, lucros ou excedentes, a fim de ocultar a origem ilícita dos mesmos ou de auxiliar qualquer pessoa envolvida na prática destas infrações contornar as consequências legais de suas ações. Outrossim, também são passíveis de pena aqueles que dedicam a ocultação ou dissimulação da natureza, destino, movimentação ou propriedade de bens.

Além disso, a mencionada lei incrimina a aquisição, posse, uso, proteção, investimento, processamento, custódia, gestão de ativos de capital ou produto de um crime é estabelecida.

Não obstante a edição das normas acima, segundo entidades internacionais, a Venezuela é um dos países mais vulneráveis, na atualidade, no que se refere à lavagem de capitais. Nesse sentido, Alejandro Rebolledo, em artigo científico publicado em revista específica sobre o tema, ressalta que:

Venezuela es un país vulnerable a la legitimación de capitales debido a la proximidad con naciones productoras de drogas, las debilidades que presenta su régimen antilavado de dinero, su limitada cooperación bilateral, hechos sustanciales de corrupción y otras actividades delictivas características del crimen organizado, cuyas propuestas son atractivas para la competencia desleal y métodos antilavado que corrompen a las instituciones, tanto públicas como privadas, permitiendo ser señalada como vulnerable, en especial por los Informes del

Departamento de Estado sobre el Control de Narcóticos de los Estados Unidos y otros organismos competentes, como GAFILAT y por supuesto el GAFI, quien es responsable de recibir, procesar y analizar los hechos y actividades de las instituciones financieras u otras entidades, para establecer estándares que sirvan de base para las investigaciones de control al lavado de dinero, el financiamiento a terroristas, entre otras, a nivel internacional. En el año 2012 el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) reformó las 40 recomendaciones contra el Lavado de Dinero y contra el Financiamiento al Terrorismo y agregó como delitos la evasión fiscal, el contrabando y la fabricación de armas de destrucción masiva.

Actualmente Venezuela cuenta con un régimen de control cambiario, que limita las operaciones de cambio con moneda extranjera. Si bien, los controles en la economía son necesarios para su estabilidad, no menos cierto es, que el exceso de tales controles hace posible abrir los espacios para que penetre la delincuencia organizada, a través

de uno de los principales factores que la generan, como es la corrupción pública y privada, por ello, si se es un lavador de dinero, seguramente se buscará el eslabón más débil de la cadena financiera, pues el propósito es muy claro, introducir el dinero producto de la actividad ilícita en las instituciones 7 financieras para ser transferidos alrededor del mundo.

Infere-se, portanto que, muito embora a Venezuela não figure desde 2013 na lista do GAFI como um dos países nos quais mais ocorre o citado delito, tem muito a melhorar em sua legislação penal, a fim de sanar suas deficiências de forma a evitar a prática de tal delito.

5. CONCLUSÃO

Mediante a análise dos materiais apresentados neste trabalho pode-se concluir que o crime de lavagem de dinheiro é praticado há décadas, de forma a causar grandes prejuízos à economia global. Prejuízos esses que afetam os investimentos nas áreas de saúde, educação, saneamento básico, influem também na entrada de investimentos estrangeiros e na economia como um todo. Por outro lado é possível visualizar preocupações dos governos em inibir esse crime.

O fenômeno da globalização tem trazido efeitos benéficos e muito positivos para o mundo, pela integração econômica dos países, por intermédio do aumento de bens e serviços, capitais e mesmo de mão de obra, o que, de certa feita, tem melhorado os padrões de vida das pessoas, de um modo geral. Sendo claro que o aumento da qualidade de vida tem ocorrido mais em alguns países e muito menos em outros.

Embora a globalização tenha proporcionado efeitos positivos, por ter impulsionado os blocos econômicos de países e o intercâmbio comercial entre eles, favoreceu, significativamente, a grande mobilidade de capitais, bens e de pessoas entre os Estados, o que deu origem a sérios problemas.

Tal mobilidade não foi acompanhada, inicialmente, por um controle minudente nas áreas fronteiriças, onde há a circulação de um lado para o outro entre os países, o que, conseqüentemente, contribuiu para a livre circulação de capitais. A liberdade de circulação de capitais tem facilitado, sobremaneira, a prática de “lavagem” de dinheiro, de vários tipos de crimes a ele associados, como o crime organizado e o terrorismo e outros mais de grande potencial ofensivo à sociedade internacional. Sendo claro que um controle mais incidente e rigoroso das fronteiras entre os países, principalmente, da parte dos Estados Unidos e dos europeus, passou a existir de forma minuciosa, após o ataque terrorista ocorrido em 11 de setembro de 2001.

Assim, com o mundo globalizado, muitos problemas criminais que já existiam expandiram-se e outros mais surgiram, justamente, pelo motivo de a criminalidade ter ultrapassado as fronteiras regionais. Desta forma, grupos criminosos e entidades mafiosas encontraram campo fértil para a proliferação de suas atividades ilícitas, entre elas a “lavagem” de dinheiro, passando a ser um problema vivenciado por todos os países.

A “lavagem” de dinheiro ganha expressão pela facilidade de movimentação de capitais e de pessoas, entre os países, pela diminuição das barreiras políticas e econômicas, e pelo surgimento dos “paraísos fiscais”.

Assim, em face desse crescimento da criminalidade, houve a mobilização dos países, que deu origem a organismos supranacionais com o objetivo de combater, por meio de um esforço conjunto os crimes que afetam direta ou indiretamente os Estados.

Como visto no desenvolvimento do presente trabalho, vários organismos supranacionais que surgiram para o combate daqueles delitos que afligem todos os países, induziram os Estados, com base nas legislações por eles emanadas, a

adaptarem internamente medidas próprias de prevenção e repressão à criminalidade. Os organismos que se destacaram, com o propósito em questão, foram a Convenção de Viena; o Grupo de Ação Financeira sobre “Lavagem” de Dinheiro (GAFI); Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC); Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD), esta no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA); Grupo Egmont; Grupo de Ação Financeira da América do Sul Contra a “Lavagem” de Dinheiro (GAFISUD); e Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional. Identificou-se que todos esses organismos direta ou indiretamente tratam do problema da “lavagem” de dinheiro, além de tratar de outros delitos.

Infere-se, portanto, que todos os países, passaram a valorizar as atividades de inteligência, como instrumento de produção do conhecimento útil aos órgãos decisores das medidas de repressão aos mencionados delitos, em especial, a “lavagem” de capitais.

No entanto, os instrumentos de cooperação penal no âmbito do Mercosul ainda apresentam falhas que prejudicam o combate à criminalidade transnacional. O principal problema é a dificuldade em estabelecer medidas que obriguem os Estados a tratarem os pedidos de cooperação com celeridade: não há prazos a serem cumpridos e não há sanções para posturas adotadas pelos países que prejudiquem o processo cooperativo. Mas, alguns esforços válidos merecem ser ressaltados, como os que ver-se-ão a seguir.

Nesse sentido, é digno de nota que se realizam, desde 2005, reuniões periódicas entre os representantes dos Ministérios Públicos dos Estados-membros e dos Estados associados do Mercosul com o intuito de discutir ações de cooperação no combate à criminalidade organizada e melhorar os mecanismos de persecução penal. A observação dos temas debatidos nessas reuniões mais recentes permite melhor compreender quais são os crimes transnacionais que afetam os países do bloco além do tráfico de drogas.

Diante do exposto, não é apenas o tráfico de drogas que representa uma ameaça à segurança na região, o que evidencia a importância da atuação coordenada dos países do Mercosul para combater à criminalidade de forma ampla, através do fortalecimento dos instrumentos de cooperação. É preciso que a cooperação judiciária em matéria penal não acompanhe a lentidão em que se conduz o processo de integração econômica: a velocidade em que as organizações criminosas encontram meios de burlar as leis e a fiscalização exige dinamismo das polícias, dos judiciários e dos ministérios públicos que devem buscar a realização de ações conjuntas de inteligência e do intercâmbio de informações.

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional.* Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales.* Madrid, Marcial Pons, 2000.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales. - Lavado de activos.*

ADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Sobre a nova lei de lavagem de dinheiro.** Jornal Estado de São Paulo apud IBCCRIM, 27 jun. 2012.

BRAGA, Ronaldo; LIMA, Wanderson. **Crime de lavagem de dinheiro: Participação punível de agentes financeiros (funcionários) no delito de lavagem de dinheiro.** SynThesis Revista Digital FAPAM, Pará de Minas, v.1, n.1, 94-123, out. 2009.

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro.** Barueri, SP: Manole, 2004.

CERVINI, Raul. **Lei de lavagem de capitais.** Rt, 1998.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico.* Rio de Janeiro, Revan, 2004. 210p. Tese de mestrado.

CANO C., Miguel Antonio. *Modalidades de Lavado de Dinero y Activos*, Ecoe Ediciones, Bogotá, Colombia, 2001.

CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro. Barueri, SP: *Mamole*, 2004.

CASTRO M., Heiromy. "Introducción a la Problemática del Lavado de Dinero". Conferencia, Superintendencia de Bancos, Santo Domingo, R.D., 1998.

FABIÁN CAPARROS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales.* Madrid, Colex, 1998.

FERNÁNDEZ DUARTE, José. "Blanqueo de dinero: Normativa vigente y su equiparación en el Derecho internacional y en la legislación de los países comunitarios. Problemática policial." en *Ciencia policial. Estudios.* nº 24, enero-marzo 1994.

FRANCO, Rodrigo Strini. Criminalidade do colarinho branco como fonte de desigualdade no controle penal. Teresina, n.65, mai.2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?ide=4042> >.

GOMES Lúiz Flávio. A lavagem de capitais como expressão do "Direito Penal Globalizado": enfoque crítico. Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo: Ed. Método, 2001, p. 227

GÓES, Silvana Batini Cesar. *Sonegação Fiscal e "lavagem" de dinheiro: Uma visão crítica da Lei n. 9.613/98.* Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.05, Ago. 1998. Disponível em: . Acesso em: 23 abr. 2005.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español.* Barcelona, Cedecs, 1996.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español" en ARROYO ZAPATERO, Luis y TIEDEMANN, Klaus. *Estudios de Derecho penal económico.* Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização.** 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 30

JUNIOR, Óseas Coimbra. **Impunidade nos crimes de lavagem de dinheiro.** Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza. 2007.

KRAWCTSCHUK, Zenik. **A estratégia internacional de combate à lavagem de dinheiro: A política brasileira e a cooperação internacional na matéria.** Rio de Janeiro. 2006.

LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais.** São Paulo: Futura, 2001, p. 254

LAMAS PUCCIO, Luis. *Tráfico de drogas y lavado de dinero .* Ed. Didi de Arteta, Lima, 1992.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de dinheiro. BYasília, 2004. 83 p. Disponível em <http://www.mj.gov.br/drci/documentos/Relat%C3%B3rio%20ENCLA%202004.pdf>

MEDEIROS, João Luis Aguiar de. CARDOZO, Maria Izabel Andrade Lima. *A criminalização da lavagem de dinheiro no Brasil*. Revista da CVM, Rio de Janeiro, n.27, p.28-30, Out. 1998.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006.

MINK, Gisele Fernandes. **Lavagem de dinheiro**. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia. Rio de Janeiro. 2005.

MONGENOT BONFIM, Edilson e Marcia Monassi. **"Lavagem de dinheiro"**. Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, pg. 16.

PANIZO GONZÁLEZ, Gabriel Ángel. "Operaciones de «blanqueo» de fondos de origen criminal por medio de la utilización del sistema financiero" en VV.AA. *Prevención del blanqueo de origen criminal*. Madrid, Grupo Santander, 1993.

PITOMBO, 2003, p.32 apud ROBSON, Jeffrey. **The landrymen – inside the world's third largest business**. 2. Ed. London: Simon & Schuster Inc., 1998, p.5

PLASENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Los delitos contra el Orden socioeconómico. La responsabilidad penal de la persona jurídica*. México, UNAM, 1995.

Prevencao e Combate a Lavagem de Dinheiro, Conselho de Control de Atividades Financieras, Brasilia, D.F., Brasil, 2001.

POWIS, Robert E.; tradução de Barbara Theoto Lambert; revisão técnica de Antônio Luís Chaves Camargo. **Os lavadores de dinheiro**. São Paulo: Makron books, 1993.

PODVAL, Roberto. **O Bem Jurídico do Delito de Lavagem de Dinheiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Doutrina Nacional, p. 211. 1998.

REASON, Tim. *Somebody's watching you – Money Laundering* – U.S. Department of the Treasury, Antiterrorism Act of 2001. CFO: Magazine for Senior Financial Executives, Dec. 2002. Disponível em: . Acesso em: 10 mai. 2005.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. "Blanqueo de Capitales" en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coord.). *Memento Penal de Empresa 2004-2005*. Santiago de Compostela, Ed. Francis Lefebvre, 2003.

SANTOS NETO, Arlindo Gonçalves dos. **Lei nº 12.683/2012: primeiras impressões**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3313, 27 jul. 2012.

VALENTE, Rubens. **200 Pessoas ganham 9.095 vezes em loterias.** Folha de São Paulo, São Paulo, 12 set. 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *A "lavagem" ou ocultação de dinheiro e de outros bens e a atividade empresarial.* Revista de Direito Mercantil, São Paulo, Malheiros Ed., Catavento Distrib. Livros, 113, p.78-98, Jan/Mar 1999.

NOTAS:

[1] O uso do termo "money laundering" (literalmente, lavagem de dinheiro). Um informante, batizado de "Garganta Profunda" (William Mark Felt), aconselhou o repórter Bob Woodward, do Washington Post: "- Siga o dinheiro". O Comitê de Reeleição do então Presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, envolvera-se em transações financeiras que direcionavam fundos ilegais de campanha para o México e depois de volta para os Estados Unidos, através de uma companhia em Miami.

[2] BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. *Lavagem de Dinheiro.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29.

[3] 1 Crimes não violentos com o intuito de ganhos financeiros cometido por desvios de pessoas que ocupam posição empresarial de forma profissional ou semi-profissional que utilizam seu conhecimento profissional e condições de trabalho; também entendido como crime não violento com o intuito de ganho financeiro, através de desvios cometidos por qualquer um que tenha especial conhecimento técnico e profissional das práticas empresariais e da burocracia governamental, independente de sua ocupação

[4] DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso.* Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2008. Página 79.

[5] 1 A astúcia de Ananias e Safira (AP Ato dos Apóstos V, 1 – 10)

Um certo homem chamado Ananias de comum acordo com sua mulher Safira vendeu um campo e, combinando com ela, reteve uma parte da quantia da venda. Levando apenas a outra parte depositou-a aos pés dos apóstolos. Pedro, porém, disse: "Ananias, por que tomou conta Satanás do teu coração, para que mentisse ao Espírito Santo e enganastes acerca do valor do campo? Acaso não o podias conservar sem vendê-lo? E depois de vendido, não podias dispor livremente desta quantia? Por que imaginaste isto em teu coração? Não foi aos homens que mentistes, mas a Deus." Ao ouvir estas palavras Ananias caiu morto.

Depois de umas três horas, entrou também sua mulher, nada sabendo do ocorrido. Pedro perguntou-lhe: “Dize-me mulher, por quanto que vendestes o vosso campo?” Respondeu-lhe ela: “Sim, por esse preço.” Replicou Pedro: “Por que combinaste para por a prova o Espírito do Senhor?” Estão ali, à porta, os pés daqueles que sepultaram teu marido. Hão de levar-te também a ti.” Imediatamente caiu a seus pés e expirou.

[6] ANSELMO, Márcio Adriano. Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 70

[7] BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. O fenômeno da lavagem de dinheiro e o bem jurídico protegido. Curitiba. Juruá, 2010. Página 30.

[8] DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem

[9] HASSEMER, W. Segurança Pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2, n. 05, janeiro - março, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55 e ss.

[10] MORAES, Deomar. Paraísos fiscais, centros off-shore e lavagem de dinheiro. Seminário Internacional sobre Lavagem de dinheiro – série cadernos do CEJ – Conselho da Justiça Federal, 2004. p.98.

[11] Samuel Ebel Braga Ramos

[12] Versão em inglês. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1358419&SecMode=1&DocId=668574&Usage=2>>. Acesso em: 04 set. 2010.

[13] Ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 154/91 (Disponível em: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/lavagem-de-dinheiro/legislacao-internacional/lavagem-de-dinheiro/legislacao-internacional/docs/Convencao_viena.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2010.

[14] Versão em francês. Disponível em: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/lavagem-de-dinheiro/legislacao-internacional/lavagem-de-dinheiro/legislacao-internacional/docs/Convencao_estrasburgo.pdf>. Acesso em: 01 abril 2010.

[15] ¹ Disponível em: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/lavagem-de-dinheiro/legislacao-internacional/lavagem-de-dinheiro/legislacao-internacional/docs/1a_Diretiva_CEE.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2010.

- [16] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime do branqueamento de capitais:introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001. p. 50.
- [17] BRASIL. Decreto n.º 154, 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas. Cooperação Jurídica Internacional.Disponível em: <http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/Conven%20Contra%20o%20Tr%20E1fico%20I%20EDcito%20de%20Entorpecentes%20e%20Su%20bs%2085.pdf>>. Acesso em: 28.10.2004.
- [18] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime do branqueamento de capitais**:introdução e tipicidade. p. 70.
- [19] Artigo segundo do protocolo.
- [20] GLOBO RIO. RAMALHO, Sérgio. Fornecedor de maconha do Complexo do Alemão domina 70% do plantio da droga no Paraguai. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/rio/fornecedor-de-maconha-docomplexo-do-alemao-domina-70-do-plantio-da-droga-no-paraguai-2914736> >. Acesso em 08/06/2012
- [21] Lavado de dinero. Sistematización de la norma locales e internacionales en la materia - Bruno M. Tondini
- [22] **Alicia Graciela Messina - Problemas más importantes que presenta la regulación legal del lavado de activos**
- [23] ARTICULO 71 - DEL NARCOTRAFICO, DE LA DROGADICCION Y DE LA REHABILITACION El Estado reprimirá la producción, y el tráfico ilícitos de las sustancias estupefacientes y demás drogas peligrosas, así como los actos destinados a la legitimación del dinero proveniente de tales actividades. Igualmente combatirá el consumo ilícito de dichas drogas. La ley reglamentará la producción y el uso medicinal de las mismas.
- Se establecerán programas de educación preventiva y de rehabilitación de los adictos, con la participación de organizaciones privadas.

INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL EM CONDENAÇÕES EM SEGUNDA INSTANCIA: ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

THIAGO VERIS MOTA:

Bacharelado no Curso de graduação em Direito, do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

RESUMO: O artigo aqui disposto busca desenvolver uma análise sobre início da execução penal em condenações em segunda instância: análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal e o princípio da presunção da inocência. Deste modo o objetivo da proposta é promover um comparativo analítico sistemático acerca dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal quanto a possibilidade do início da execução penal após condenações em segunda instância, e para isso desenvolve-se abordagens sobre o direito de defesa, o princípio da presunção da inocência, uma abordagem sobre o artigo 283 do Código de Processo Penal, a impunidade e a procrastinação processual, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, as consequências (processuais, penais, constitucionais, sociais) que o entendimento do STF trouxe, e seus reflexos na sociedade, as correntes doutrinárias opostas ao atual entendimento, o clamor social por penas e punições e uma justiça mais célere, além de eventuais soluções cabíveis ao problema. Como metodologia utiliza-se livros, doutrinas, artigos de bibliotecas jurídicas digitais, além de posicionamentos de catedráticos do Direito Processual Penal. Como conclusão da pesquisa percebe-se que a posição do Supremo Tribunal Federal destoa com o clamor social por Justiça, e a melhor saída para o problema seria um posicionamento do Legislador em resolver a celeuma, criando legislação específica, ou emendando a constituição, deixando mais claro a situação.

Palavras-chave: Execução penal. STF. Segunda Instância.

ABSTRACT: The article provided here seeks to develop an analysis on the beginning of criminal execution in second instance convictions: analysis of the understanding of the Supreme Federal Court and the principle of the presumption of innocence. In this way the objective of the proposal is to promote a systematic analytical comparison about the understandings of the Supreme Federal Court as to the possibility of the beginning of the criminal execution after convictions in second instance, and for that approaches are developed on the right of defense, the principle of the presumption of innocence, an approach to article 283 of the Code of Criminal Procedure, impunity and procedural procrastination, the current understanding of the Supreme Federal Court, the consequences (procedural, criminal, constitutional, social) that the STF understanding brought, and its reflexes in society, the doctrinal

currents opposed to the current understanding, the social clamor for penalties and punishments and a faster justice, in addition to possible solutions to the problem. The methodology uses books, doctrines, articles from digital legal libraries, as well as positions of professors of Criminal Procedural Law. As a conclusion of the research, it is noticed that the position of the Supreme Federal Court is at odds with the social clamor for Justice, and the best solution to the problem would be a position of the Legislator in resolving the stir, creating specific legislation, or amending the constitution, leaving more the situation is clear.

Keywords: Criminal execution. STF. Second Instance.

1 INTRODUÇÃO

O artigo aqui apresentado tem objetivo de desenvolver uma abordagem constitucional, penal, e processual penal acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução da prisão a partir da condenação em segunda instância. O entendimento mudou a partir de uma decisão do colegiado que entendeu que o acusado somente deve dar início ao cumprimento da pena após todas as oportunidades de defesa esgotarem.

Nesse sentido, promove-se um debate sobre o entendimento da Carta Magna vigente que afirma que “ninguém será condenado antes do trânsito em julgado”, confirmando um dos pilares do nosso ordenamento jurídico, denominado princípio da presunção da inocência.

Em caminho oposto, o artigo 283 do Código de Processo Penal confronta este entendimento abrindo a possibilidade da execução da sentença a partir da condenação em segunda instância. É sabido que o princípio da presunção da inocência é um dos pilares basilares do Direito Processual, e resumidamente traz a idéia que “ninguém será condenado sem antes haver o trânsito em julgado da questão” conforme preceitua a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Este entendimento é atualmente divergente. Por um lado, está à posição do Supremo Tribunal Federal afirmando que a lei deve ser cumprida e o acusado somente deve dar início ao cumprimento da pena, após serem esgotados todas as possibilidades de Recursos.

Tal entendimento traz uma sensação de impunidade imensa à sociedade, deixando transparecer para aqueles indivíduos com maior poder aquisitivo, que podem atingir os patamares mais altos da justiça que ficarão impunes eternamente. Este entendimento ficou muito mais evidente após crimes de colarinho branco e de corrupção a partir da “Operação Lava Jato” e demais operações terem levado ao

banco dos réus figuras políticas, que “aparentemente” nunca pagarão pelos delitos cometidos em virtude da grande quantidade de recursos, e possibilidades da defesa.

Os doutrinadores que são contrários ao posicionamento do STF baseiam-se na ideia que quando o acusado é condenado em segunda instância já existe a possibilidade do cumprimento da pena, e o acusado (condenado) não terá seus direitos cerceados, sendo que a defesa poderá continuar com suas ações, inclusive podendo haver revogação da prisão, ou relaxamento, ou outras decisões.

Além deste entendimento existe uma corrente de doutrinadores que acreditam que o princípio da presunção da inocência não pode assumir uma posição absoluta, sendo impossível assim ser interpretado, pois se assim o fosse (fosse absoluto), o mesmo entraria em conflito com muitos outros institutos existentes, e necessários para a investigação processual, e os tramites processuais.

Uma das principais funções do princípio a que este artigo aborda é auxiliar o réu/acusado na sua defesa. Contudo, o mesmo não pode ser utilizado como um escudo protetor a favor da impunidade, e da procrastinação processual, o que ocorre, e ocorreu em muitos casos na justiça brasileira, principalmente em crimes de colarinho branco, entre outros.

Desde novembro de 2019 o Supremo Tribunal Federal trouxe uma pacificação do problema, contudo ainda existem muitos juristas que não concordam com tal posição de que o réu/acusado somente deve iniciar o cumprimento de pena a partir do trânsito em julgado em todas as instâncias, obedecendo ao princípio da presunção da inocência conforme ensina o texto da Lei Maior.

Assim, esta proposta busca apresentar um panorama geral com abordagens sobre o direito de defesa, o princípio da presunção da inocência, uma abordagem sobre o artigo 283 do Código de Processo Penal, a impunidade e a procrastinação processual, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, as consequências (processuais, penais, constitucionais, sociais) que o entendimento do STF trouxe, e seus reflexos na sociedade, as correntes doutrinárias opostas ao atual entendimento, o clamor social por penas e punições e uma justiça mais célere, além de eventuais soluções cabíveis ao problema.

Busca-se apresentar posicionamentos sistematizados, analisando tanto pela perspectiva constitucional e a posição do STF, e demais entendimentos contrários, verificando se de fato nosso Judiciário terá mais efetividade, e será mais justo a partir deste novo entendimento (contrário ao início da execução da pena).

Além disso, este artigo verificará se de fato esta decisão colaborará com a proteção aos direitos da ampla defesa, ao princípio da presunção da inocência, ou se se trata somente de uma manobra procrastinatória, com intenção somente de delongar o início de cumprimento, e quais as repercussões sociais desse entendimento do STF.

2 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

2.1 ANÁLISE DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Segundo o novo entendimento do artigo 283 do Código de Processo Penal,

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (BRASIL, 1941)

As mudanças em relação ao instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade, promovidas a partir do ano de 2016, em que o STF altera o entendimento jurisprudencial acerca do tema, ampliou a discussão sobre a possibilidade de flexibilizar a interpretação do conteúdo do princípio da presunção de inocência, assim como, sobre a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Com a edição da Lei 12.403/2011, passa o Artigo 283 do Código de Processo Penal a expressar a mesma garantia já explicitada na Constituição Federal. O Código de Processo Penal é um Decreto-Lei de 1941, data anterior à promulgação da Carta Magna, período em que as normas eram de iniciativa do poder executivo, e que somente com uma Lei, elaborada pelo poder Legislativo, poderá sofrer alterações (BRASIL, 2011; AKAMINE, 2018).

Ao dissecar o artigo, verifica-se as possibilidades de prisão, antes que a sentença condenatória tenha transitado em julgado; como é o caso das conhecidas prisões cautelares. Entre as principais prisões cautelares, estão a prisão temporária, prisão preventiva e prisão em flagrante (BRASIL, 1941).

Quanto a segunda parte do artigo, quando admite a prisão após condenação transitada em julgado, verifica-se que esta expressão passou a ter outra concepção nos últimos julgamentos da Suprema Corte. Por meio de entendimento majoritário, põe termo a garantia fundamental que o indivíduo somente poderia ser considerado culpado, após decisão final para sua condenação, aquela onde não se caberia mais

nenhum tipo de recurso. Essa mudança de entendimento, retira o valor legal, auferido pelo legislador ao editar o Artigo 283 do CPP, o transformando em apenas um mero dispositivo processual penal (BRASIL, 1941).

Embora não se possa estabelecer que o referido artigo, viole o texto constitucional, fica evidente que a execução provisória da pena privativa de liberdade, deverá ser modificada. Enquanto essa alteração não ocorrer, o panorama de oscilação de entendimentos jurisprudenciais e de interpretação do princípio da presunção de inocência, postulados originários do sistema jurídico penal continuarão a ser prejudicados (CALEFFI, 2019).

Cabe ao Ministério Público, a busca incessante para provar a culpa de um suposto autor, fato que nem sempre ocorre no momento certo, o que leva a necessidade de ter um sistema jurídico bem estabelecido, não correndo riscos de seus institutos serem relativizados. Já, em esfera superior, os Ministros do STF, são os guardiões da Constituição Federal e em seus julgamentos, deve prevalecer o que nela estiver preconizado (BRASIL, 1988),

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) 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; (BRASIL, 1988)

Evidencia-se o fato de que o Artigo 283 do Código Penal, não está em desacordo com o texto constitucional, no que compete ao Artigo 5º inciso LVII, sobre a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, levando ao fator final de que a execução provisória da pena, deverá ocorrer somente após a sentença penal condenatória transitado em julgado. Para que se mantenha sua constitucionalidade, o artigo deverá ser interpretado em sincronia com a Constituição, analisados simultaneamente; pois uma vez examinados em separado, poderão levar a entendimentos diversos (BRASIL, 1941; BRASIL, 1988).

O julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, decidido pelo STF e considerado como o divisor de águas, não observa nenhum dos dois, nem a Constituição nem o artigo, contrariando todo o histórico de sentenças anteriores, decretadas pelo próprio órgão colegiado, tendo firmado o entendimento da execução preventiva da pena após decisão em segunda instância. Como

consequência, passamos a ter em nossa esfera jurídica, um novo tipo de prisão, mesmo sendo desprovida de regulamentação em nosso ordenamento de leis (STF, 2016).

É importante frisar que, qualquer alteração na constituição é tarefa única e exclusiva do poder legislativo, atribuição que lhe é transmitida pelo povo através do voto, não sendo prudente admitir mutações por outra via, a tal ponto de criar uma anomalia jurídica, em afronta aos princípios primordiais garantidos pela carta magna (JARDIM; SILVA, 2019).

De acordo com as leis vigentes, compreende-se que a prisão somente poderá ocorrer, quando esgotadas todas as formas de defesa; não podendo de maneira alguma, ser o indivíduo privado de sua liberdade, seja por antecipação de prisão preventiva ou prorrogação de prisão temporária, atendendo a decisão apenas do judiciário, uma vez que esteja em desacordo com as normas e se baseando somente em suas interpretações, mesmo que majoritárias (STF, 2019).

Não se pode reparar falhas do ordenamento jurídico, com recursos inconstitucionais; as lacunas da lei, que levam a entendimentos contraditórios, devem ser sanadas na origem, no arcabouço de sua criação, ou seja, no ambiente legislativo. A utilização de uma outra esfera de poder, para reconstruir as mazelas do legislador, passam a ser uma ameaça a construção de uma sociedade equilibrada e regida por leis igualitárias (JARDIM; SILVA, 2019).

Quem comete crime, deve ser punido. Não se compensa o tempo que se perde nos julgamentos (pelos entraves de recursos infundáveis, capazes de gerar um clamor social pelo dissabor da falta de punição aos agentes políticos); com a pressa capaz de antecipar prisões, baseadas em entendimentos jurídicos, capazes de gerar tantas contradições, não só entre os doutrinadores e juristas, assim como entre os próprios ministros da suprema corte (JARDIM; SILVA, 2019).

Com a aceitação de uma prisão antecipada, sem estar devidamente regulamentada, se possibilita a sensação de insegurança, quanto a possibilidade de haver outros julgamentos de segunda instância sem respaldo constitucional ou legal.

2.2 A IMPUNIDADE E A PROCRASTINAÇÃO PROCESSUAL

O Brasil está entre os países mais violentos do mundo, há tantas mortes aqui, quanto em um país que se encontra em guerra e mesmo assim, as regras para punição dos infratores não são eficientes, o que não deixa de ser um incentivo para os criminosos (IPEA, 2019).

Para que alguém seja preso no Brasil, o rito deverá ser determinado pela seguinte ordem: o Código Penal é responsável pela identificação da punição a ser aplicada, o Código de Processo Penal tem o compromisso de conduzir o processo e aplicar as medidas a ele pertinentes, contra ou a favor do réu. E por fim, a Lei de Execução Penal, que deverá regular os direitos daquele que for preso (BRASIL, 1941).

As leis brasileiras são bem elaboradas, foram criadas com inspiração em países desenvolvidos, porém para aumentar sua eficácia e incentivar a diminuição da sensação de impunidade, sua aplicação deve ser alterada, além disso tanto o Código Penal e Processo Penal foram desenvolvidos em uma época distinta. Atualmente a realidade social é outra, e os anseios são distintos. Em verdade não é necessário criar mais leis, nem torná-las mais duras, basta mudar sua aplicabilidade (MACHADO, 2017).

De acordo com Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019), apenas um terço dos processos são solucionados, necessitando de quase cinco anos, em média, para serem julgados. E apesar de toda essa demora, a média de tempo, que uma pessoa permanece presa no Brasil é de um ano. Se compararmos esse último dado, com os Estados Unidos por exemplo, os presos brasileiros ficam 8 vezes menos tempo privados de sua liberdade.

Nota-se o esforço do poder legislativo na criação de novas leis, nos programas de governo que investem em infraestrutura das forças policiais, porém tudo isso não atinge o ponto que deve ser alterado, pois é na aplicação da lei, que se localiza sua fraqueza, a mesma que possui brechas e permite que seus presos fiquem soltos, e passem a mensagem da impunidade aos que ainda não foram. Há que se ter uma proximidade entre a Lei e sua aplicação, entre o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais, para que a justiça possa cumprir seu papel (MACHADO, 2017).

De acordo com levantamento realizado pelo Ministério da Justiça em 2019, o Brasil tem uma população carcerária de 773.151 presos, ocupando o ranking de terceiro lugar entre os países com maior número de presos do mundo. Para se ter uma noção dessa dimensão, 35 países tem população total de habitantes, menor do que esse número. Os índices demonstram que essa quantia tem aumentado em torno de 10% ao ano, demonstrando que a política criminal continua sendo ineficaz e precisa urgentemente de alteração (CNJ, 2019).

As prisões brasileiras não apresentam condições de promover a reintegração social, apesar de ser um dos seus principais objetivos. Os presídios superlotados, em condições precárias de oferecer uma alternativa para mudança de vida,

rotineiramente viram palco de tragédias anunciadas. E mais uma vez nossa legislação é violada, porque apesar de leis bem elaboradas, sua aplicabilidade no sistema prisional brasileiro é ineficiente (IHU, 2020).

No Brasil apenas 8% dos crimes de homicídio (crime mais grave), são elucidados, com a autoria identificada e comprovada, visto que não basta apenas identificar o autor, como também localizar e apresentar as provas. Em muitos processos, o Judiciário absolve os indiciados pela Polícia Judiciária, pela inexistência de provas irrefutáveis, o que demonstra uma falta de estrutura no sistema policial responsável pelas investigações, tanto na esfera federal quanto na estadual. Governos aplicam investimentos em policiamento ostensivo, cuja área de atuação tem seu limite na ocorrência de um crime, porque sua missão é não deixar acontecer. Depois que o crime ocorre, somente a investigação dará subsídio ao judiciário para aplicação da lei, porém, deixada em segundo plano, como vem ocorrendo no Brasil, essas taxas de elucidação não terão condições de aumentar (IPEA, 2019).

Segundo Almeida (2019) fazendo menção a Pedro Lenza (2019),

Outrossim, nesse caso, considerando que os recursos extraordinários (especial e extraordinário) no sistema jurídico brasileiro não se prestam a reexaminar os fatos e as provas, a interpretação literal pode acarretar grandes prejuízos, como a prescrição do crime, o sentimento de impunidade e o descrédito da sociedade para com o poder judiciário. Ademais, renegar a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Apelação, entendendo ser necessário aguardar a decisão do STJ e do STF, é deixar de reconhecer a inteligência dos juízes das instâncias ordinárias. Assim, após um juízo de incriminação do acusado, “fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, é inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão do princípio da presunção de inocência” (LENZA, 2019, p. 1922)

Dessa forma, tanto pela falta de se chegar a um culpado, quanto pela desproporção em sua punição, vemos um aumento da impunidade no Brasil. Mesmo identificado e punido, o preso ainda tem o benefício da pena mínima e da progressão da pena, entre outros recursos, os quais acabam por apresentar uma confusão entre ampla defesa e defesa da impunidade, acarretando um enfraquecimento das instituições.

Aliado a isso, existe um Judiciário sem mecanismos de controle externo, capaz de anular operações inteiras (Satiagraha, Castelo de Areia) por razões como “não ter havido suficiente fundamentação do magistrado para a extensão do período de escutas”, mesmo contrariando jurisprudência anterior do mesmo tribunal (GANEN, 2015).

Apesar do elevado número de presos no Brasil, se comparado a população total do país, não atinge a marca de 0,4%, porcentagem que o coloca na 35ª posição, entre aqueles que mais prende. Comprovadamente a criminalidade cai, quando se aumenta o número de prisões, sendo uma importante medida no combate à criminalidade (GANEN, 2015).

A procrastinação processual, é motivo de preocupação de doutrinadores e tribunais brasileiros, que sistematicamente têm apresentado propostas para reprimir condutas protelatórias, que visam unicamente prejudicar a efetividade da prestação jurisdicional. Como já afirmado anteriormente, as leis brasileiras foram bem produzidas pelo legislador, mas desprovidas de eficiência por sua forma de aplicação, em virtude da demora (PAROSKI, 2008).

É nesse ambiente, que se criam as lides desnecessárias, reforçadas por exposições de fatos sem fundamento, apresentadas por advogados constituídos nos autos, com o claro objetivo de atrasar um determinado processo. Essa postulação de má fé, encontra amparo na tolerância dos magistrados, em contradição à ordem e aplicação da lei que se espera, violando os princípios processuais (PAROSKI, 2008).

Tais fatores causam na opinião pública, uma repulsa ao judiciário, criando uma visão obscura dessa importante instituição, aumentando ainda mais a sensação de impunidade e o aumento da confiança de que o risco de transgredir as normas, vale a pena. Colabora com esse cenário, a burocracia procedimental, que se apodera de tudo que é público no Brasil, sendo responsável pelos resultados insatisfatórios da morosidade processual (PAROSKI, 2008).

Resta acentuar de que a concepção de direito de defesa, se apresenta como um monumento marcado pela falta de sensibilidade dos juristas, alheios ao modo de viver dos homens normais. Não é aceitável, que alguém tenha que aguardar até dez anos, para obter um direito pela via jurisdicional. Quem procura conquistar seus direitos por meio da Justiça, merece uma resposta rápida, visto que confiou na sua proteção a fim de reparar de uma lesão ou ameaça, que lhe aflige (PAROSKI, 2008).

O próprio Ministro Fachin se manifestou a respeito da morosidade judicial,

A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes versus Brasil. Damião Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões, a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau. (BRASIL, STF, 2016, p. 5-6).

A demora processual, ou seja, o tempo em que se espera pelo julgamento, na grande maioria das vezes interessa apenas ao réu, sabido que muitas vezes não possui a razão ou o direito; enquanto que o autor da ação, aquele tem direito ou razão, é mais uma vez prejudicado pela morosidade do sistema jurídico na grande maioria das vezes. O contrário, também é válido, pois se o réu tem razão e ao final do julgamento, resta comprovada suas alegações de defesa, o período em que se demora para concluir o processo, também lhe é prejudicial, visto que durante esse período sua reputação é ameaçada. Ocorre que, por mais absurdo que pareça, percebemos nas doutrinas e nas decisões dos tribunais, que esse atraso na tramitação dos processos, se apresenta como um fator aceitável, pouco valorizado, como se não causasse nenhum prejuízo na vida dos litigantes (PAROSKI, 2008).

Não se deve transformar o direito de defesa, que tem como objetivo real a tutela dos direitos, em um simples abuso na arte da protelação, responsável por acentuar desigualdades e desvalorizar o rito processual no tempo certo. É tempo de eliminar o entendimento que a “justiça tarda, mas não falha”, tão difundida pela doutrina que já virou jargão popular. É tempo de evoluir.

2.3 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Criado há mais de um século, ainda com o nome de Supremo Tribunal de Justiça, sendo alterado posteriormente para Supremo Tribunal Federal, o STF figura em nosso sistema jurídico como a mais alta corte. Sua competência primordial é solucionar questões de constitucionalidade, recebendo a honrosa designação de “guardião da Constituição Federal”. Esse tribunal é composto por onze juízes, que são nomeados pelo Governo Federal e são chamados de Ministros, que apesar do

termo, não tem qualquer similaridade com os ministros dos demais órgãos do executivo (STF, 2020).

Defender o que dita as regras constitucionais, parece ter se tornado uma tarefa complicada nos últimos tempos. Em recentes julgamentos do plenário, tem surgido interpretações completamente destoantes, entre seus ministros, capazes de levar a julgamentos que melindraram um dos princípios jurídicos fundamentais do processo judicial brasileiro, o “princípio do contraditório e da ampla defesa”.

Segundo o STF (2019),

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. Nesta quinta-feira (7), a Corte concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes. Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, presidente do STF. Para a corrente vencedora, o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual “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”, está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que entendiam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência. A decisão não veda a prisão antes do esgotamento dos recursos, mas estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP – para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. O julgamento das ADCs foi iniciado em

17/10 com a leitura do relatório do ministro Marco Aurélio e retomado em 23/10, com as manifestações das partes, o voto do relator e os votos dos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Na sessão de 24/10, o julgamento prosseguiu com os votos dos ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Na sessão de hoje, proferiram seus votos a ministra Cármen Lúcia e os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli (STF, 2019, p.1).

Em defesa de seu ponto de vista (HC 166.373), o Ministro Gilmar Mendes, disse que o Brasil “vive uma era de trevas no processo penal” e que “a prisão provisória está sendo usada como elemento de tortura, e aquele que a defende, não pode ter assento na Corte Constitucional” (STF, 2020).

O citado Habeas Corpus, impetrado por Márcio de Almeida Ferreira, ex-gerente de Empreendimentos da Petrobras, envolvido como suspeito da Operação Lava-Jato, alega que mesmo tendo sido delatado, somente teve oportunidade de apresentar sua defesa final ao mesmo tempo que os réus delatores, violando dessa forma o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório. Em resultado, sua condenação foi anulada e o processo retornou à fase de alegações finais, para que pudesse se manifestar (STF, 2020).

O ponto central da discussão se tornou um dos assuntos mais falados no Brasil, nos últimos tempos. Reconhecida como um instituto do Direito Penal desde os anos 90, com a criação da Lei dos Crimes Hediondos, a Delação Premiada passa a ter uma regulamentação própria somente em 2013, através da Lei nº 12.850. Se baseia em um acordo que o juiz pode propor ao réu, em que esse denuncie os demais parceiros de crime em troca de uma diminuição da pena, uma alternativa de regime ou até mesmo o perdão judicial (BRASIL, 2013).

A lei não define nenhuma regra sobre qual benefício será aplicado, deixando para o critério subjetivo do juiz, a decisão para cada caso. Sua finalidade se justifica na dificuldade em punir os crimes praticados por organizações criminosas, em que na maioria dos casos são bem orquestrados, devendo ser utilizado apenas, quando os demais recursos foram encerrados (BRASIL, 2013).

Em tese, a denúncia deve servir apenas para nortear as investigações, não devendo servir como prova para uma condenação. Muito embora já tendo sido utilizado com sucesso, muitos juristas apresentam ressalvas sobre sua utilização, pelo fato de estimular uma conduta que contraria a ética, pois o réu que delatou também cometeu o delito e por isso não merece premiação (BRASIL, 2013).

De acordo com entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski (2019, p.1) “o direito ao contraditório e à ampla defesa deve permear todo o processo penal, inclusive no momento do oferecimento das alegações finais”. Na sessão plenária do dia 26/09/2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria de votos, que o delator não pode ser equiparado aos demais réus, no que se refere a aplicação do artigo 403 do Código de Processo Penal, reiterando decisão já proferida um mês antes, em que anulou o processo desde a sentença condenatória, pelo fato de inversão da ordem ao direito de apresentação das alegações finais, realizada por magistrado de primeiro grau (STF, 2019).

Dessa forma, percebemos que a corte guardiã da Constituição, tem se mostrado incomodada com as interpretações realizadas por juízes de instâncias inferiores, passando a impor limites com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, que passaram a ser atacados pela lei 12.850/2013, que resgatou o instituto da colaboração premiada (BRASIL, 2013).

No ordenamento jurídico não pode haver conflito entre a lei e a constituição, sendo tarefa do sistema jurídico aparar as arestas, que porventura não tenham sido identificadas pelo legislador, no ato da criação. A redação do artigo 403 do CPP prevê que as alegações finais “serão oferecidas [...], respectivamente, pela acusação e pela defesa, [...], proferindo o juiz, a seguir, sentença”. Adiante, o parágrafo segundo prevê especificamente que o assistente do Ministério Público apresentará as suas alegações “após a manifestação desse”, logo, também antes da Defesa (BRASIL, 1941).

O texto do artigo não diferencia os atores processuais, quando trata de acusação, assim como não fixou sua ordem. Isso demonstra que a intenção é a garantia que a defesa, ao se manifestar, já esteja a par de todos os argumentos e provas da acusação, não podendo ser surpreendida com novos elementos. A preocupação não é dispensável, visto que sem os devidos limites, a probabilidade do Ministério Público, na condição de poder acusador, poderá estimular o delator a incluir em suas delações finais, algo que possa prejudicar a defesa de um acusado. Dessa forma, será o fim da equidade entre as partes do processo (BRASIL, 1941).

Com o objetivo de coibir essa probabilidade, a Ordem dos Advogados do Brasil elaborou uma proposta de emenda substitutiva ao Projeto de Lei 882/2019 (“Pacote anticrime”), que prevê criminalizar possível conduta de ocultar provas que possam servir para absolvição ou redução de pena do réu (CAMARA, 2019).

Importa frisar, que as novas leis devem se moldar ao que preza e assegura a Constituição, e não o contrário. Todas as leis podem ser interpretadas, menos a Constituição, pelo fato de que ela é a coluna dorsal, o norte da bússola, é dela que

se extrai a legalidade das demais normas de um País. A discordância existente na atualidade sobre a eficácia dos institutos da ampla defesa e do contraditório, sobre a prematura execução da pena em segundo grau de jurisdição, não existiriam se os fundamentos da carta magna fossem atendidos. Nota-se certa turbulência nas cadeiras do Supremo Tribunal, em decisões de anulação de processos que não foram observados os princípios constitucionais garantidores do direito de defesa (BRASIL, 1988).

Mas a construção legislativa e sua arte de adequar suas leis e aplicações ao modo de viver da sociedade, é tarefa normal no processo de mudança e evolução de um País. O mundo jurídico, pela necessidade de acompanhar as mudanças sociais e norteá-las para viverem de harmonia, lhe conferindo os limites para que se possa viver pacificamente, sempre será testado a ampliar seus conceitos, a fim de possa ter a eficácia necessária. A cada ano, diversas leis novas são criadas, como exemplo, temos a Lei 6.341/2019, conhecida como “pacote anticrime”, que foi concebida com o principal objetivo de tornar mais rigorosa a legislação penal e processual penal, apresentando medidas para combater o crime organizado, o tráfico de drogas e armas, entre outros, modernizando a investigação criminal (BRASIL, 2019).

O Supremo Tribunal Federal, é o arcabouço final de todas essas discussões, sobre as alterações apresentadas por uma nova lei e sua aplicação à luz da Constituição. Dessa forma é natural nos depararmos com as contradições de seus julgamentos, pelo fato de estarem no campo do ajuste legal.

O tema da prisão após condenação em segunda instância, ganha novos capítulos com a recente movimentação dos deputados na tentativa de aprovar uma proposta de emenda à constituição, com o objetivo de impedir que os réus continuem soltos esperando por decisões da suprema corte. Essa modalidade de prisão foi considerada válida pelo STF por quase três anos, tendo sido fragilizada com a soltura do ex-presidente Lula no final do ano passado, após novo entendimento de que a prisão por corte inferior seria inconstitucional (STF, 2016).

A decisão para sua prisão foi dada por um Juiz de primeira instância, pelo então ex-magistrado Sérgio Moro, sendo ratificada pelo Tribunal de Porto Alegre, após sua defesa ter entrado com recurso. Esse caso chamou a atenção do País, pelo fato de envolver um ex-presidente da República, bem como por ser considerada por muitos juristas, uma decisão contrária ao que reza nossa Constituição (BLUME, 2019).

O grande questionamento é porque os ministros da suprema corte, guardiões da Constituição, aceitaram a prisão em segunda instância, mesmo tendo recursos da defesa para decidirem, contrariando a lei máxima do País. A impressão que se tem é

a motivação pelo contexto em que o País vivia naquele momento. A pressão popular por Justiça era enorme, a imprensa apresentava fatos novos a cada noticiário e a discussão pelo poder político reinava no Senado e na Assembleia Legislativa (BLUME, 2019).

O Judiciário pressionado por fazer Justiça, se deixou levar pelo momento e cometeu um dos seus erros mais graves, se deixou contaminar pela briga política. Nesse torpor, deixou que fosse atacado uma de suas normas incluídas no rol das cláusulas pétreas, o princípio da presunção de inocência, o principal argumento contra a condenação em segunda instância (BLUME, 2019).

No ano de 2016, o argumento principal dos cinco ministros que se mostraram contrários à prisão em segunda instância foi de que a Constituição, em seus entendimentos, unia presunção de inocência ao trânsito em julgado, sendo portanto, que sua análise fosse feita em conjunto. Dessa forma, admitiam a prisão apenas depois de esgotado o processo (STF, 2016).

Ao longo dos tempos, é possível perceber diversas revisões de pena enunciadas pelo Supremo Tribunal Federal, que corrigiram penas injustas sentenciadas por tribunais inferiores, o que demonstra e justifica a necessidade desse direito de recorrer à suprema corte, em busca dos princípios constitucionais de defesa.

A justificativa de quem defende a prisão em segunda instância, se baseia no fato de que o STF tem como principal objeto de trabalho, a proteção aos princípios constitucionais, não se atendo ao mérito de cada caso, sendo que isso poderia surtir algum efeito benéfico ao réu, que pelo fato de separar os institutos de defesa do restante do caso, poderia receber uma interpretação mais branda por parte do supremo colegiado (STF, 2020).

Outro fator que foi destacado como positivo ao réu, é de que o tempo que se aguarda para a transferência de uma instância a outra e a apresentação de recursos infundáveis, apenas retardaria a conclusão de um feito, levando ao descrédito os órgãos da justiça no Brasil (STF, 2020).

Um exemplo marcante dessa observação, é o caso do ex-senador Luís Estevão, que após 24 anos em que apresentou mais de 30 recursos, foi condenado pelo STF a prisão. Uma situação como essa é a marca da impunidade no País, que acaba servindo de incentivo a quem pensa em seguir o mesmo caminho (MPF, 2020).

O que ocorre é que a constitucionalidade da prisão em segunda instância, ainda não teve seu desfecho. Em abril de 2019 (2019) o STF adiou o julgamento do

recurso, atendendo um pedido de vista feito pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Dois Ministros já votaram a favor da prisão e um contra. Apesar de não haver prazo para essa análise, os Ministros seguem sendo pressionados pela pressão popular. O Senado tem em debate um projeto de Lei e a Câmara dos Deputados discutem uma Proposta de Emenda Constitucional, que tratam do mesmo tema. O fato é que a situação ganhou contornos políticos, entre adversários partidários que pretendem ver um fim nos julgamentos de casos como “Mensalão” e “Lava Jato”. Muitos políticos serão afetados, a depender dessas decisões. Dificilmente essa questão será decidida no ano de 2020, em virtude da paralisação pela qual sofre o mundo no combate a pandemia e seus efeitos. Fica prevalecendo por enquanto, o atual posicionamento de que é vedado a execução de pena em segunda instância.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 CONSEQUÊNCIAS (PROCESSUAIS, PENAIS, CONSTITUCIONAIS, SOCIAIS) QUE O ENTENDIMENTO DO STF TROUXE À SOCIEDADE

É compreensível a demora nas análises e decisões proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Enquanto a decisão de um Juiz de primeira instância tem efeito apenas sobre o mérito de um processo definido, os julgamentos da suprema corte traz consequências sobre todos os processos em andamento no País, tendo alcance sobre todas as formas de direito do cidadão. Pelo fato de expor o entendimento constitucional sobre o processo em análise, tem efeito sobre todos os processos anteriores à decisão e não somente aos que irão nascer em momento posterior.

Sua decisão sempre se baseia nas fórmulas, princípios e garantias processuais, asseguradas pela Constituição, levando à ações que poderão impugnar decisões judiciais, nos próprios autos ou de forma autônoma. Julgar nunca foi um ato isolado, todo julgamento é permeado de argumentações contrárias, em que participam advogados, promotores públicos, peritos, que trazem ao processo suas concepções doutrinárias, que apresentam teses sobre julgamentos anteriores ou pesquisas acadêmicas (COSTA, 2020).

O número de processos em tramitação no Brasil é muito alto, os quais precisam ser decididos com celeridade, resguardando o bem jurídico de cada um. Entretanto, nenhum deles poderá ser decidido sem o crivo constitucional, do qual a suprema corte é guardiã soberana. E só poderá se chegar a uma decisão, após colher todos os pontos de vista de cada um de seus ministros, em seus respectivos votos. É nesses relatórios que se percebe as diversas interpretações das leis e os exercícios do convencimento bem fundamentado, que irão proporcionar a solução aos casos

concretos que serão definidos pelas sentenças da corte. Isso trará sempre um aperfeiçoamento do Direito e servirá de auxílio às futuras decisões judiciais (CNJ, 2020).

No mês de abril do presente ano, o STF anulou dois Habeas Corpus por violarem os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Tais casos, ao serem reconhecidos como praticados em desconformidade com a lei, tendo violado princípios constitucionais, deverão ser refeitos desde o ato viciado. Em um deles (HC nº 175.048), a alegação se fundamentou no tempo que a defesa teve em relação ao tempo maior que foi disponibilizado para o Ministério Público, o que contraria o Artigo 477 do Código de Processo Penal (JUNIOR, 2020).

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, entre outros, são assegurados pela nossa Constituição e defendidos pelo Supremo Tribunal Federal. Em julgamentos que contam com tribunal de júri, os jurados não são obrigados a ter conhecimento jurídico, são pessoas do povo, e estão ali para representar o senso comum. Diversos fatores podem influenciar a decisão dos jurados e com isso, resultar em uma prisão ou condenação injusta, parcial ou total, uma vez que o Juiz levará em conta o placar final da condenação pelos seus pares (BRASIL, 1988).

Sem a oportunidade de recorrer a uma instância superior, muitos presos estariam cumprindo pena, mesmo sem a devida comprovação de sua culpa. O contrário também é verdadeiro, pois muitos criminosos se beneficiam da demora em seus julgamentos, por meio de infundáveis recursos, somente com o interesse de procrastinar a ação da justiça. Mas entre salvar alguém ou punir outro, se configura em um dilema antigo que coloca à prova diferentes teorias éticas, como a velha “Tábua de Carnéades”. Nesse experimento, dois naufragos lutam pela mesma tábua, uma vez que ela não suportaria o peso de ambos (JUNIOR, 2020).

A única forma de solução desse dilema atual, é reforçarmos a tábua, representada neste exemplo, como sendo a eficácia da justiça. É possível acreditar que se pode melhorar o andamento dos diversos processos com a ajuda da tecnologia. Um fator que sustenta essa tese, é a implantação do processo eletrônico, que deu enorme celeridade aos julgamentos em todos os Países. Outro fenômeno atual é o Sistema Eletrônico de Informações, mais conhecido pela sigla SEI, capaz de integrar diversos órgãos do governo e promover eficiência administrativa (BRASIL, 2006).

Um dos maiores argumentos para implantação da execução da pena em segunda instância é a burocracia na tramitação dos processos e do tempo que se perde à espera de um julgamento pelo STF. Dessa forma, o combate está sendo ao

efeito e não a produção desse efeito. É possível remediar o problema e a tecnologia já deu mostras de como se fazer o reparo (VALE, 2015).

Outro ponto que pode ser alterado, com o objetivo de evitar o número exacerbado de processos e recursos, se situa no processo de criação das leis. O legislador nem sempre demonstra o cuidado na escolha das palavras e frases, criando dúvidas e interpretações diferentes, que podem causar um enorme prejuízo nos julgamentos e na possibilidade de aumento de recursos (VALE, 2015).

A separação dos poderes e sua harmonia, é essencial para abolir tiranias e sociedades absolutistas. O Poder Judiciário não pode utilizar suas decisões para combater a criminalidade, diminuir a corrupção e acabar com a impunidade. Essas ações são muito importantes, porém não é sua atribuição. Seu dever é julgar e aplicar leis, que estão em nosso ordenamento jurídico, é defender os institutos sagrados de nossa Constituição Federal, essa sim é sua missão e sua forma de demonstrar seu valor na sociedade. O direito de defesa não pode ser vilipendiado, como vem acontecendo, tudo em nome de um processo penal midiático, criando uma falsa sensação de justiça. É dever da Suprema Corte respeitar e cumprir as normas constitucionais e dar ao processo sua real finalidade, que é impor limites ao poder punitivo do Estado.

3.2 CORRENTES DOUTRINÁRIAS OPOSTAS

Em desfavor da possibilidade de antecipação da execução da pena, vários doutrinadores se posicionam com o emprego do argumento de que, manter a condenação de primeiro grau em decisão em segunda instância, em o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é obter o entendimento de que o réu já é culpado. Dessa maneira, não haveria mais recursos nem chance de se obter uma nova análise do mérito. A culpa é que passaria a ser presumida, não mais a inocência (GANEN, 2018).

Antes das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, seria impossível alguém prever, que a Suprema Corte pudesse sentenciar alguém a prisão dessa forma, visto que a Constituição determina que a formação da culpa somente se dá após o trânsito em julgado da sentença e não após o julgamento do recurso em instância inferior. Esse instituto recebe o amparo do Artigo 283 do Código de Processo Penal, que fala das modalidades de prisão e não da formação da culpa (BRASIL, 1941).

A dubiedade desse tipo de interpretação, intenciona a credibilidade de que culpabilidade é diferente de ser preso, porém não se pode negar que prender alguém

para cumprimento antecipado de pena é o mesmo que considerá-lo culpado (GANEN, 2018).

Os efeitos de uma condenação é resultado da culpa, é o seu último estágio, sendo nesse caso aplicado primeiro. De nada adianta descobrir a culpa no final, se seu efeito mais danoso já atingiu seu último estágio. Para essa corrente doutrinária, não se pode admitir a possibilidade de execução provisória da pena, uma vez que o tempo preso não tem volta, não tem reparação na vida do ser humano. Não há condições de compensar um mês de vida, para aquele que sofreu subtração de seu tempo de vida (GANEN, 2018).

Do lado oposto, outra corrente de doutrinadores, apresentam a tese de que o princípio da presunção de inocência não pode ser absoluto e que admite interpretações diferentes desde que não contrarie o espírito das normas constitucionais, onde um instituto não pode prejudicar outro. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi instituído o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII): “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988)

Sustentam que as decisões judiciais devem acompanhar a evolução da realidade atual, uma vez que existe uma quantidade de processos em tramitação muito superior ao que se tinha no ano de 1988, ano da promulgação da Constituição Federal. Criticam a falta de limites de prazo para a conclusão e o julgamento processual, havendo casos que demoram tanto, que o próprio recorrente falece antes do tempo de tramitação dos autos (HARADA, 2018).

Nesses 32 anos, após a promulgação da Constituição Federal, nota-se um congestionamento de processos na Alta Corte do País, o que se explica em parte pelo crescimento populacional e de sua própria evolução política ao longo dos tempos. Hoje o conhecimento jurídico está cada vez mais acessível ao povo, pelo fato da ampliação dos meios de comunicação através da tecnologia. Hoje os efeitos midiáticos geram uma pressão popular muito grande, que de certa forma, pressiona ainda mais a celeridade judicial. As minorias sociais passaram a expor mais seus problemas e a cobrar mais seus direitos, a exemplo do casamento entre pessoas do mesmo sexo, os conflitos indígenas, o racismo entre outros (CNJ, 2020).

Essa corrente doutrinária, reforça que a segunda instância não pode ser aplicada de forma generalizada, pelo fato de haver casos em que se reconheceu que o acusado cometeu crime, daí a prisão se sustenta pela materialidade do crime. Em outros casos em que se vê prejuízo nas teses apresentadas pela defesa, quanto a

tipicidade da conduta imputada ao acusado, o caso deve ser reexaminado em instância superior.

3.3 O CLAMOR SOCIAL

O poder legislativo tem sido pressionado nos últimos tempos, devido aos protestos sociais cobrando uma decisão sobre o tema da prisão em segunda instância. Enquanto o poder judiciário discute sua constitucionalidade ou não, o Congresso Nacional leva em conta o clamor social e seu pedido por um remédio constitucional, objetivando dar um ponto final nesta discussão (GALVÃO, 2018).

O próprio Ministro Celso de Mello dissertou que, "[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos."(MELLO, apud FUX, 2016, p.60).

Essa pressão popular teve início com a discussão sobre os julgamentos do caso "Lava Jato", que envolveu políticos conhecidos no País e por esse motivo, foi objeto de diversas matérias em jornais e revistas durante quase dois anos. Essa pressão também é motivada por questões políticas, que fizeram da mídia um palanque eleitoral. O fato é que a prisão em segunda instância nunca foi admitida pela nossa Constituição, mas diante do crescimento das redes de corrupção que envolvem administradores do dinheiro público e das grandes somas que foram desviadas de seu objetivo social para contas de fraudadores do patrimônio do Estado, acabou por gerar um inconformismo com a falta de uma punição imediata e exemplar (COSTA, 2015).

O fato é que tais processos, pela própria vultuosidade, ao invés de serem tratados com prioridade pela característica de serem gravíssimos, foram colocados na fila de julgamentos normais da grande burocracia dos tribunais e a espera por sua conclusão, acabou por contribuir com a sensação latente de impunidade. Nesses casos em específico, a utilização da via recursal passa a ser utilizada para atrasar o cumprimento da sanção penal (COSTA, 2015).

Paira sobre o tema, o argumento falso, de que deixar de prender alguém após condenação em segunda instância é o mesmo que ser contra o combate à corrupção. Grupos políticos espalham as famosas mensagens falsas, denominadas "fake news", se aproveitando da falta de informação e do bom senso, das pessoas comuns (GALVÃO, 2018).

O debate sobre essa possibilidade de prisão, não teve sua origem no midiático julgamento da Operação Lava Jato e sim no processo que envolveu um jovem

favelado, residente no interior do Estado de São Paulo, que foi condenado por roubo. Sua defesa foi feita de forma gratuita, por uma advogada, que tinha sua mãe como empregada doméstica (GALVÃO, 2018).

Porém, se não houvesse o envolvimento de proeminentes políticos, se não houvesse a enorme publicidade deste caso, o debate sobre a prisão em segunda instância ou os questionamentos sobre a constitucionalidade dos institutos da ampla defesa e do contraditório, não estariam sendo discutidos da mesma forma nos dias atuais (GALVÃO, 2018).

A aplicação da Justiça não pode sofrer interferência de clamor popular, pelo risco dessa voz, ter sido influenciada pelos canais de comunicação, que hoje representam o quarto poder, nem pela arte de fazer política, que é capaz de arrastar multidões na defesa de um ideal, que no futuro se percebe não ser tão ideal assim. Não se pode admitir que o fato de quebrar a norma é um meio que pode ser utilizado para apressar a justiça. Esse fardo, de uma justiça sem estrutura, não pode ser colocado sobre as costas do povo, do cidadão comum (SENADO, 2020).

O Supremo Tribunal de Justiça não pode agir como Assembleia Constituinte, não pode invadir o solo da criação das leis. Se for admitida a necessidade de mudança em nossa Constituição, esse papel deve ser desempenhado pelo Legislativo, através da proposta de uma emenda. O STF já tem a Constituição e as demais leis do País, para se pautar, não faz parte da democracia o excesso de politização da justiça (SENADO, 2020).

Nossa mais alta corte, não pode ser suscetível às labaredas do clamor social. Pois esse clamor tem origem social, em ambientes que na maioria das vezes, desconhecem completamente o ordenamento jurídico, seu alcance e suas consequências. Além disso, podem estar sendo contaminadas por argumentos sofistas, que desejam implementar uma interpretação própria da Lei, por interesse ou por ideologia (GALVÃO, 2018).

A dúvida não pode ter assento nas cadeiras do STF, porque é nesse ponto onde tudo se define, onde todas as lides encontram sua solução, onde os conflitos entre direitos e legislações se dissolvem, no momento em que se contrapõe aos princípios elencados na Constituição.

A fragilidade demonstrada em seus últimos julgamentos, levou a sociedade a crer que poderia alterar sua forma de agir, mediante uma pressão popular, envolvendo políticos ávidos por alteração, nem sempre justas. O Procurador da República, Deltan Dallagnol, fez declarações nas redes sociais de que faria jejum durante um julgamento do Supremo, como forma de pressionar a suprema corte a

votar conforme seu próprio entendimento, demonstrando uma justiça bizarra que admite ter um jurista com esse tipo de posicionamento. Isso não é uma ação que se espera de um membro da Procuradoria Federal (GALVÃO, 2018).

O ex-ministro Sérgio Moro, em defesa de seu ponto de vista, no período em que exercia o cargo de Juiz, afirmou que manter o recurso à segunda instância, significaria dar liberdade a assassinos e estupradores. Essa afirmação ganhou forte publicidade nas redes sociais, levando a população a defender essa tese, como se verdade fosse. Todo profissional do Direito sabe a diferença entre culpabilidade evidente ou apenas investigados que tem contra si apenas uma delação. Mas todos esses fatores, são integrantes do poder de convencimento que os políticos tem a arte de utilizar.

3.4 SOLUÇÕES CABÍVEIS

Metade dos presos no Brasil, aguardam julgamento. Essa cautela se justifica pelo risco que eles causam a ordem pública, a ameaça social e a possibilidade de prejudicarem o andamento das investigações. Apenas a outra metade, formada por investigados que não são considerados um perigo à sociedade é que se utilizam do direito de permanecer solto até o trânsito em julgado de suas condenações, fase em que não há recursos (CNJ, 2020).

Sob esse ponto de vista, verifica-se a desnecessária motivação para a ocorrência de prisão após julgamento em segunda instância. Essa nova modalidade de prisão, até então não sustentada pelo ordenamento jurídico vigente, não irá resolver o problema central do debate, que é a sensação de impunidade e a burocracia processual. Esse problema não encontrará sua solução em um paliativo ou em um desvio da norma estabelecida em nossa Constituição.

Encontra-se portanto um contrassenso, pois enquanto a sociedade protesta pelo fim da impunidade, a justiça na tentativa de dar uma resposta, passa a violar garantias e princípios constitucionais. É visível que essa atitude não irá dar bons frutos, porque o que se planta agora, será colhido no futuro. E como será um futuro, se o presente não preservar seus preceitos mais sagrados (D'AGOSTINO, 2019).

Todavia, para outra corrente de pensamento, que sustenta a interpretação de que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, não encontra nenhum obstáculo na Constituição pela justificativa de a carta magna apenas observar o princípio da não-culpabilidade e não o princípio da presunção de inocência. Apesar de sua proposta ser defendida por diversos profissionais do direito, é uma forma precipitada de resolver o problema, uma vez não haver consenso nem entre os próprios Ministros do Supremo.

Entre as soluções apresentadas até o momento, está a Proposta de Emenda Constitucional nº 199/2019 que está em tramitação na Câmara dos Deputados Federais. Para Nelson Jobim, ex-ministro do STF, acredita haver outras alternativas além de simplesmente alterar nossa constituição, com o fito de atender a pressão da sociedade. Esse seria o último recurso para remediar a situação, não podendo nunca ser escolhido como o primeiro (ULIANO, 2019).

Uma das alternativas apresentadas por ele, seria a criação de um projeto de lei, fixando que o prazo prescricional não sofreria efeito suspensivo por recursos extraordinários apresentados no decorrer do processo. Outra sugestão apresentada seria inibir, também através de uma lei, o uso indiscriminado de recursos (nove no total) como forma de protelar o julgamento.

Em dezembro de 2019, o Ministro do STF Luiz Fux, criticou a ação de alguns juízes pela forma errônea que interpretaram a decisão da Corte sobre a prisão em segunda instância. Para ele, o fato do julgamento ter sido contrário a prisão em segunda instância não corresponde a imposição de soltura de presos. Nesse manifesto, os juízes decretaram à liberdade diversos réus, como forma de demonstrar repúdio à decisão do Supremo. Para Fux, a maneira correta de agir do judiciário não pode ser afetada pela comoção social e sim por uma estratégia judicial ou legislativa, através de uma alteração no Código de Processo Penal, pois se a constituição admite prisão provisória deve servir essa interpretação para se admitir a prisão condenatória sentenciada por um tribunal de segunda instância (OLIVEIRA, 2020).

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), representada pelo Presidente Felipe Santa Cruz, ao propor uma ação declaratória de constitucionalidade, defende que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, não podem sofrer ameaças e que a decisão do STF ao derrubar a prisão em segunda instância, honrou nosso sistema jurídico e as palavras do Deputado Constituinte Ulisses Guimarães, na promulgação da nossa Constituição: "Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca."

Pelo que se demonstra, trata-se de um assunto polêmico. Nos últimos quatro anos, a corte autorizou a execução antecipada da pena por quatro vezes, mas em três delas, a análise do mérito permanecia em aberto, período em que as decisões judiciais sobre o prisão em segunda instância foram divergentes, inclusive entre ministros do STF. Depois do recente entendimento, tornou-se obrigatório seguir a decisão do supremo, fato que mexeu com a opinião de juristas, políticos e por conseguinte do clamor social (RODRIGUES, 2019).

O fato é que nos moldes atuais, ninguém pode ser considerado culpado até que se tenha transitado em julgado da sentença penal condenatória, somente após se esgotarem todos os recursos. É possível e legal a manutenção desse instituto, bem como que a Constituição continue sendo obedecida sem precisar de rasuras ou emendas, uma vez que a Legislação Penal já preveniu medidas para combater o crime, com formas de punir aqueles que se valem do crime, assim como proteger a sociedade através das prisões preventiva e temporária.

É possível combater a morosidade que promove a sensação de impunidade, de outras formas mais inteligentes. É possível aumentar a velocidade na tramitação de processos, através da tecnologia. É comum no Brasil, que os órgãos públicos sejam os últimos a utilizar os meios digitais, a obter uma internet rápida e adquirir mecanismos de inteligência. Essa mudança de paradigma irá aumentar significativamente a celeridade processual e sua eficácia, se for utilizada de forma inteligente e com os recursos necessários por pessoas técnicas. Algumas mudanças na lei poderão ser utilizadas, como a diminuição no número excessivo de recursos e alterando prazos. Alterar a Constituição deve ser o último recurso.

4 CONCLUSÃO

Após apresentar esta gama de argumentos favoráveis e contrários a execução da pena a partir da condenação em segunda instância, percebe-se que a sociedade clama por medidas que sejam mais efetivas ao respeito ao devido processo legal, ao direito de defesa, mas que também punam aqueles que comprovadamente ultrapassaram os limites legais, o que infelizmente não se percebe na maioria das vezes que o réu tem alto poder aquisitivo, ou é da classe política.

A partir de 2016 houve um entendimento do STF quanto a possibilidade de cumprimento da execução da prisão após a condenação de segunda instância, o que mudou, muito, no entendimento deste artigo a partir da prisão de figuras públicas de renome, com destaque a condição do ex-presidente Lula.

A Constituição Federal ensina que “todos são iguais perante a Lei”, contudo verifica-se que muitas vezes a posição do Supremo Tribunal Federal destoa, mudando sua posição conforme o réu, ou o entendimento que aparentemente: “lhe é mais conveniente no momento”.

A sociedade em verdade clama por medidas que de fato façam todos iguais perante a Lei. Existem projetos de Lei na Câmara dos Deputados que buscam resolver a questão. É um problema crônico, tanto no contexto da morosidade judicial quanto da questão da impunidade.

É certo que o princípio da presunção da inocência e o direito de defesa são baluartes do nosso ordenamento jurídico, contudo tais princípios não podem ser escudos protetores de forma imutável com relação ao réu. A justiça precisa ter mecanismos de provar se um fato foi realmente ilícito, e puni-lo. O que não temos visto com o entendimento atual, onde muitas figuras (principalmente políticas) arrastam processo anos e anos até obterem a prescrição.

A posição deste artigo é de que o início da execução da prisão em segunda instância não fere nenhum dos dois princípios, havendo sim a possibilidade de recursos, interpelações mesmo com o réu preso, divergindo da posição atual do Supremo, contudo acredita-se que a solução definitiva partirá do legislativo, com uma lei específica ou uma emenda à constituição que acabará definitivamente com a celeuma.

REFERÊNCIAS

AKAMINE, Renan. **Que tipo de norma tem força para alterar um decreto-lei como o Código Penal?** 2018. Disponível em: < <https://www.perguntadireito.com.br/12340/que-tipo-norma-forca-para-alterar-decreto-codigo-penal> > Acesso em 26 de maio de 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas.** Tradução de Néelson Jahr Garcia. Edição Eletrônica, 2001.

BLUME, Bruno André. **Prisão em segunda instância: argumentos contra e a favor.** 2019. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/prisao-apos-decisao-em-segunda-instancia-argumentos-contras-e-favor/> > Acesso em 08 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013.** Senado Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm > Acesso em 08 de junho de 2020.

CAMARA. **Comissão conclui audiências públicas sobre prisão em 2ª instância.** 2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/648393-comissao-conclui-audiencias-publicas-sobre-prisao-em-2a-instancia/> > Acesso em 08 de junho de 2020.

CAMARA. **PL 882/2019.** 2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353> > Acesso em 08 de junho de 2020.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. **Considerações sobre julgamento virtual e ampla defesa.** 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/opiniaio-julgamento-virtual-ampla-defesa> > Acesso em 08 de junho de 2020.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Entenda a decisão do Supremo que derrubou prisão após condenação em segunda instância.** 2019. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/08/entenda-a-decisao-do-supremo-que-derrubou-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml> > Acesso em 08 de junho de 2020.

FIGUEIREDO, Marcelo. **A importância do direito de defesa para a democracia e para a cidadania.** 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-dez-04/marcelo-figueiredo-importancia-direito-defesa-democracia> > Acesso em 26 de maio de 2020.

GALVÃO, José Luiz. **Um mal sem precedentes: a insegurança jurídica provocada pelo Supremo Tribunal Federal.** 2018. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/277723/um-mal-sem-precedentes-a-inseguranca-juridica-provocada-pelo-supremo-tribunal-federal> > Acesso em 08 de junho de 2020.

GANEN, Pedro Magalhães. **A possibilidade de prisão em segunda instância, a decisão do STF e o caso Lula.** 2018. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/564825815/a-possibilidade-de-prisao-em-segunda-instancia-a-decisao-do-stf-e-o-caso-lula> > Acesso em 08 de junho de 2020.

GANEN, Pedro Magalhães. **O Brasil realmente é o país da impunidade?** 2015. Disponível em: < <https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/229922151/o-brasil-realmente-e-o-pais-da-impunidade> > > Acesso em 26 de maio de 2020.

HARADA, Kiyoshi. **Prisão em 2ª instância.** 2020. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/65533/prisao-em-2-instancia> > Acesso em 08 de junho de 2020.

IHU. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo.** 2020. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo> > Acesso em 26 de maio de 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 11ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JARDIM, Vinícius Augusto Brito. SILVA, Leandro Barbosa da Silva. **À constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.** 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/77698/a-constitucionalidade-do-artigo-283-do-codigo-de-processo-penal> > Acesso em 26 de maio de 2020.

JUNIOR, Alberto Ribeiro Mariano. **Em tempos de coronavírus: o perigo da relativização das nulidades pelo Supremo Tribunal Federal.** 2020. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/82138/em-tempos-de-coronavirus-o-perigo-da-relativizacao-das-nulidades-pelo-supremo-tribunal-federal> > Acesso em 08 de junho de 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019

MACHADO, Heitor. **A impunidade no Brasil é um convite ao crime.** 2017. Disponível em: < <https://www.institutoliberal.org.br/blog/politica/a-impunidade-no-brasil-e-um-convite-ao-crime/> > Acesso em 26 de maio de 2020.

MPF. **Apesar do trânsito em julgado da ação criminal contra Luiz Estêvão, risco de impunidade de um dos réus ainda preocupa o MPF.** 2020. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/regiao3/atuacao/combate-a-corrupcao/destaques/apesar-do-transito-em-julgado-da-acao-criminal-contraluz-estevao-risco-de-impunidade-de-um-dos-reus-ainda-preocupa-o-mpf> > Acesso em 08 de junho de 2020.

OAB. **Distorções na condenação de 2^a instância.** 2015. Disponível em: < <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2015/distorcoes-na-condenacao-de-2a-instancia-1.247> > Acesso em 08 de junho de 2020.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual na Justiça do Trabalho.** 2008. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/12003/reflexoes-sobre-a-morosidade-e-o-assedio-processual-na-justica-do-trabalho> > Acesso em 26 de maio de 2020.

RODRIGUES, Alex. **Para ministro do STF, juiz pode decretar prisão em segunda instância.** 2019. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-12/para-ministro-do-stf-juiz-pode-decretar-prisao-em-segunda-instancia> > Acesso em 08 de junho de 2020.

SENADO. **Prisão em segunda instância: definição pode acontecer no primeiro semestre.** 2020. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/23/prisao-em->

segunda-instancia-definicao-pode-acontecer-no-primeiro-semester> Acesso em 08 de junho de 2020.

STF. **2ª Turma reconhece cerceamento de defesa e anula condenação de ex-presidente da Petrobras.** 2019. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=421829>> Acesso em 08 de junho de 2020.

STF. **HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO.** EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 26 de maio de 2020.

STF. **HABEAS CORPUS 166.373 PARANÁ.** 2020. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC166373votoDT.pdf>> Acesso em 08 de junho de 2020.

STF. **Histórico.** 2020. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>> Acesso em 08 de junho de 2020.

STF. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos.** 2019. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359>> Acesso em 26 de maio de 2020.

STF. CORTE IDH. 2006. **Caso Ximenes Lopes vs . Brasil.** Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em:< [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)> Disponível em 17 de junho de 2020.

ULIANO, André Borges. **6 coisas que você tem de saber sobre a prisão em 2ª instância.** 2019. Disponível em:< <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/6-coisas-prisao-em-2a-instancia/>> Acesso em 08 de junho de 2020.

VALE, Ionilton Pereira do. **A Separação dos Poderes e o controle judiciário da legalidade: limites no Estado de Direito.** 2015. Disponível

em: < <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/163211549/a-separacao-dos-poderes-e-o-controle-judiciario-da-legalidade-limites-no-estado-de-direito> >
Acesso em 08 de junho de 2020.

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A RATIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO COM O ADVENTO DO PACOTE ANTICRIME

MARCELLA VIEIRA DE QUEIROZ CARNEIRO:

Advogada. Pós-Graduada pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Pós-Graduada pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul.

RESUMO: A lei nº 13.964, de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime” modificou a lei de improbidade administrativa, acrescentando, a este texto, a previsão da possibilidade de autocomposição no bojo de ações que visam a responsabilização por condutas ímprobas. Na verdade, sobre essa possibilidade já se defendia positivamente, haja vista Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de controle administrativo e funcional de um dos colegitimados, perfilhá-la, desde que ausente a renúncia ao direito material protegido. O presente estudo buscou comprovar, a partir de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, que referida mudança é constitucional e que se está em consonância com o instante evoluído a que submetido o processo civil, sendo o processo coletivo um tipo especial deste, ligada à efetividade, à adequação e à utilidade do acesso à justiça, bem como ao desafogamento do Judiciário, a fim de que o Poder tenha espaço para dirimir o que somente a ele compete.

Palavras-chave: Pacote Anticrime. Improbidade Administrativa. Autocomposição. Efetividade.

ABSTRACT: Law No. 13.964, of 2019, known as “Anticrime Package”, modified the law of administrative improbity, adding to this text the provision for the possibility of self-composition in the midst of actions aimed at holding accountable for improper conduct. In fact, this possibility was already positively defended, in view of the Resolution of the National Council of the Public Ministry, an administrative and functional control body of one of the collegitimates, to profile it, provided that the waiver of the protected material right is absent. The present study sought to prove, based on a bibliographic research, using the deductive method, that said change is constitutional and that it is in line with the evolved moment to which the civil process is submitted, the collective process being a special type of this. , linked to the effectiveness, adequacy and usefulness of access to justice, as well as to the relief of the Judiciary, so that the Power has space to settle what it is responsible for.

Keywords: Anti-crime package. Administrative Dishonesty. Self-composition. Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O Pacote Anticrime poderia ter inserido modificação na lei nº 8.429/92? Ela é algo novo no que toca ao tema? Ela é compatível com o espírito do constituinte originário e com os desejos dos administrados?

Em que pese a lei nº 13.964, de 2019, ter sido editada com o fito de promover mudanças nas searas penal e processual penal, trouxe, em soma, modificação à lei de improbidade administrativa, que é de caráter civil.

A mudança veio ao encontro do momento vivido pela sociedade, que verificou a eficácia de lhe preferir, qual seja: a solução consensual dos conflitos, sempre que possível. E já era aplicável, pelo Ministério Público, um dos legitimados à ação respectiva, com fundamento nas Resoluções nº 23/2007 e 179/2017, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público.

O presente estudo tecerá considerações acerca da introdução perfilhada ao diploma legal que retrata os atos ímprobos, aclarando o entendimento sobre a matéria. E o fará a partir da sua divisão em tópicos: no primeiro, desenvolver-se-á a ideia da improbidade administrativa como instituto, sua normatização e jurisprudência correlata; após, tratar-se-á acerca da inserção do pensamento negocial na temática; findando-se com breve dissertação relativamente à nova previsão expressa, quando se responderá aos questionamentos acima mencionados.

Demonstrada a discussão em evidência e sua importância no contexto do Direito brasileiro, afirme-se que se realizará uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, tendo por marco referencial teórico, sobretudo, as obras de Daniel Assumpção, de Rafael Rezende e de Fredie Didier Júnior.

2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTITUTO, SUA NORMATIZAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CORRELATA

A lei que rege a improbidade administrativa é de uma eminência ímpar no contexto da Administração Pública, haja vista ser ligada à ideia de honestidade, probidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e tantos outros valores imprescindíveis à consecução dos fins estatais.

Nas palavras de Daniel Assumpção,

A previsão normativa de instrumentos jurídicos aptos a combater a desonestidade, a corrupção e a deslealdade com o trato da coisa pública, representa importante critério de

verificação da seriedade de determinado Estado (NEVES; OLIVEIRA, 2020, p. 33).

Siga-se com o tema.

2.1. SUCINTA INTRODUÇÃO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTITUTO

O artigo 37, da Carta Magna, inaugura o capítulo da Administração Pública no texto da Lei Maior, trazendo como princípios explícitos a serem observados pelos gestores da Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Outros vetores são implícitos na Constituição Federal – como a probidade – e também considerados como princípios constitucionais em virtude da previsão do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal (“... não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por esta Constituição...”) e da necessidade de se fazer uma interpretação sistemática da Constituição da República, atendendo aos vetores hermenêuticos da unidade e da integração.

Sobre o campo de aplicabilidade dos axiomas,

qualquer das modalidades de administração pública com que inicialmente trabalhamos: a administração pública enquanto atividade e a administração pública enquanto aparelho ou aparato de poder. Logo, princípios que submetem o Estado quando da criação legislativa de órgãos e entidades, assim como submetem todo e qualquer Poder estatal quando do exercício da atividade em si de administração pública (BRITTO, 2013, p. 822).

O referido doutrinador é direto quando menciona os princípios administrativos:

Não basta aplicar a lei, pura e simplesmente, mas aplicá-la por um modo impessoal, um modo moral, um modo público e um modo eficiente. Modos que são, de parilha com a lei, as primeiras condições ou os meios constitucionais primários de alcance dos fins para os quais todo poder administrativo é legalmente conferido. (...) A administração pública somente alcança o patamar da legitimidade plena quanto aos seus meios ou meios de atuação, se, impulsionada pela lei, a esta consegue imprimir o selo dos outros quatro princípios. Operando, estes, como fatores de legitimação conjunta da

própria lei, do Direito como um todo e da atividade administrativa em especial (BRITTO 2013, p. 822).

Nos vocábulos de Maria Sylvia Zanella di Pietro, o retrato da impessoalidade:

estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento. Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no art. 100, da CF, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos abertos para esse fim (DI PETRO, 2019, p. 219).

E o entender de Fernanda Marinela relativamente ao princípio da moralidade: “é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, do bem comum”, que complementa:

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade, determinou a necessidade de sua proteção e responsabilização do administrador amoral ou imoral. Para tanto, encontram-se no ordenamento jurídico inúmeros mecanismos para impedir atos de imoralidade, como, por exemplo, regras sobre improbidade administrativa, no art. 37, §4º, da CF e na lei n. 8429/92; (...) e, recentemente, a Lei n. 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, além de outros instrumentos (MARINELA, 2018, p. 87).

A improbidade administrativa não é uma simples ilegalidade, ou seja, um mero desatendimento à lei; a doutrina denomina improbidade de “ilegalidade qualificada”, sendo necessário um *plus*, a se somar ao elemento subjetivo do dolo ou ao menos culpa (esta nos casos de dano ao erário) de burlar a lei. Nesse sentido, Daniel Assumpção:

É importante destacar que a improbidade administrativa não se confunde com a mera irregularidade ou ilegalidade, destituída de gravidade e do elemento subjetivo do respectivo infrator. A improbidade é uma espécie de legalidade qualificada pela intenção (dolo ou, excepcionalmente, culpa grave) de violar a legislação e pela gravidade da lesão à ordem jurídica. Vale

dizer: a tipificação da improbidade depende da demonstração da má-fé ou desonestidade, não se limitando à mera ilegalidade, bem como da grave lesão aos bens tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa (NEVES; OLIVEIRA, 2020, p. 30).

Assim, a improbidade viria de uma ofensa à moralidade e à probidade, em conjunto com a ofensa à legalidade, até porque Gilmar Mendes, ao tratar do princípio da moralidade, afirma que, para este funcionar como vetor na Administração Pública, deve estar somado a outros.

Em nome deste princípio jurídico, a correção de determinada forma jurídica pode ser questionada em razão de sua desconformidade com determinado critério de correção. Não obstante estas considerações, ao princípio da moralidade pode ser aplicada alguma densificação, tendo em vista outros parâmetros, como o princípio da proporcionalidade, o princípio da não arbitrariedade do ato administrativo e o próprio princípio da isonomia. O princípio da moralidade, portanto, para funcionar como parâmetro de controle administrativo, deve vir aliado aos outros princípios fundamentais, dentre os quais assumem relevância aqueles que funcionam como diretriz para a atuação da Administração Pública. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 860).

Ademais, é de valia lembrar que os princípios constitucionais, por si, ensejam responsabilização, tendo em vista a localização no atual momento do Constitucionalismo, qual seja no neoconstitucionalismo, instante histórico que se preocupa, sobretudo, com a eficácia do texto constitucional, dos direitos fundamentais, sem deixar de lado a limitação do poder do governante, tendo, pois, a Constituição Federal força normativa por si (como já defendia Konrad Hesse) e sendo o centro de todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Roberto Barroso e Miguel Carbonell,

O marco teórico do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro, já referido, foi o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo

foi a expansão da jurisdição constitucional (...) (BARROSO, 2019, p. 281).

Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991. (CARBONELL, 2007, p. 10).

Prova disso é o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que toca à aplicação de sua súmula vinculante 13, que trata do nepotismo.

A vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. [Tese definida no RE 579.951, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 20-8-2008, DJE 202 de 24-10-2008, Tema 66.]

Ratificando e em consonância com o constituinte originário, a lei nº 8.429/92, em seu artigo 4º, explicita a precisão de observância dos mesmos princípios do artigo 37, da Carta Magna.

O tema "improbidade administrativa" não se esgota na lei nº 8.429/92; diplomas preveem outros casos de improbidade na Administração, como o Estatuto das Cidades, em seu artigo 52, e a Lei Complementar nº 64/90, que estabelece hipóteses de inelegibilidade. E cabe dizer que o rol dos artigos 9º, 10 e 11, da referida legislação, que trazem as condutas ímprobas, é meramente exemplificativo, ou seja, aberto, não limitado, tanto que, quando vai se descrevê-las, os dispositivos usam a expressão "e notadamente".

2.2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, SUA NORMATIZAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CORRELATA

A lei inicia trazendo quem pode figurar como legitimado passivo de uma possível ação referente, isto é, contra quem pode ser intentada a responsabilização por conduta ímproba:

a) agentes públicos, servidores ou não, da Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes dos entes federativos, de território, de empresa ou entidade para a qual o Poder Público direcione dinheiro do povo, inclusive se ela apenas recebe benefício, subvenção ou incentivo fiscal ou creditício. Aqui, engloba-se servidores temporários, quem exerce função, cargo, mandato emprego, ainda que transitório e sem remuneração ou é contratado pela Administração Pública, e os estagiários. Contudo, faça-se uma ressalva: para as empresas ou entidades que o Poder Público somente custeia ou custeou menos de 50% do patrimônio ou de sua receita anual, a sanção patrimonial limitar-se-á à contribuição dos cofres públicos, assim como para as entidades apenas subvencionadas ou beneficiadas com incentivo fiscal ou creditício.

b) qualquer outro que concorra, induza ou se beneficie, de maneira direta ou indireta. Aqui, é importante lembrar da súmula 634, do STJ, que explana que, ao particular, será aplicado o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade para o agente público, isso porque o particular só é punido na presença de uma atuação punível de um agente público, aplicando-se àquele as sanções e prescrição a este imputadas (STJ – Jurisprudência em Teses – Improbidade Administrativa I - Tese nº 8). Em outra vertente, esclareça-se que, de acordo com o STJ, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados, vez ser possível a responsabilização unicamente do agente público (STJ – Jurisprudência em Teses – Improbidade Administrativa I - Tese nº 9). Ainda afirme-se, em relação ao particular beneficiário, que a Lei Anticorrupção foi editada para dispor acerca da responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Os artigos 9º, 10 e 11 preveem condutas caracterizadoras de improbidade. Conforme já mencionado, são enumerações exemplificativas. E o elemento subjetivo necessário é o dolo – genérico - e a culpa (esta na hipótese de ato ímprobo perfilhado no artigo 10, do diploma relacionado), podendo as condutas se darem por ação ou omissão.

A configuração do ato ímprobo pela presença do dolo, ainda que genérico, ou seja, sem elemento subjetivo especial, é afirmação retirada da jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1352535/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/4/2018, DJe 25/4/2018; REsp 1714972/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 25/05/2018; AgInt no REsp: 1422805 SC 2013/0398072-8, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 14/08/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/08/2018).

Explicitando o instituto em tela e para a correta subsunção, é interessante pensar que o artigo 9º restará evidenciado quando o agente público for o beneficiado pela conduta ímproba, a exemplo de quando utiliza, em proveito próprio, de bens, rendas, valores da Administração Pública ou se utiliza, para obra ou serviço particular, de pessoas pertencentes ao quadro da Administração, de veículos, enfim, de bens ou material de qualquer natureza, auferindo vantagens. Em outra vertente, assim acontecerá com o artigo 10, na ocorrência de dano ao erário, geralmente com benefício ao particular, quando o agente público facilita, permite ou concorre para o enriquecimento de outrem, ou quando não observa a lei, inclusive em caso de doação a entidade de fins educativos ou assistenciais, mas tem que causar dano ao erário, caso contrário, o ato enquadrar-se-á no artigo 11; o mesmo se diga da atuação negligente na arrecadação de tributo ou conservação do patrimônio público, na frustração de licitação ou em sua dispensa indevida, entre outros.

A responsabilização por improbidade administrativa independe das sanções penais, cíveis e administrativas de legislação específica, e pode se dar em duas ordens: administrativa ou judicial. Aquela se perfaz mediante representação escrita com identificação à autoridade administrativa competente – diferente da possível representação ao Ministério Público, que excepcionalmente pode ser anônima –, sabendo-se que a rejeição da responsabilização por essa via não impede a representação perante o referido órgão fiscalizatório.

Instaurado o procedimento administrativo, porque a autoridade administrativa competente enxergou fundamento suficiente, ela dará conhecimento ao órgão ministerial e ao Tribunal de Contas do Estado sobre a existência do procedimento; ambos podem designar representante, a fim de que este o acompanhe.

Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão processante representa ao Ministério Público ou à sua Procuradoria, com o fito de que eles requeiram o sequestro dos bens do agente ou de terceiro. A lei também prevê, em seu artigo 7º, a discricionariedade de se pedir ao *Parquet* que ele pleiteie, em juízo, a indisponibilidade de bens do(s) acusado(s), na ocorrência de provável enriquecimento ilícito ou dano ao erário; acerca do tema, o STJ se manifestou dizendo ser cabível tal medida também na hipótese de violação aos princípios, conduta tipificada no artigo 11, da lei nº 8.429/92, porque o seu objetivo é garantir não apenas o pagamento do enriquecimento ilícito ou do dano ao erário, mas, por outro lado, em adição, a multa civil. Vale dizer que o Código de Processo Civil de 2015 não se esmiuçou, como o de 1973, no que tange às medidas cautelares nominadas, gênero de que o sequestro seria espécie. A doutrina aduz ter ocorrido uma ampliação quanto ao uso das medidas cautelares e que tanto as nominadas

como as inominadas devem ser requeridas com observância do artigo 301, do Código de Processo Civil.

Já o processo judicial, tem início por provocação do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada (ente político lesado), tramitando sob o rito ordinário.

No que toca a matéria, é interessante atentar ao fato da competência: cabe ao juiz de primeiro grau o seu processamento e julgamento, a exceção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, consoante jurisprudência deste Tribunal e do STJ, que são julgados no próprio, e do Presidente da República, que não responde por improbidade administrativa. A responsabilização por crime de responsabilidade não afasta a imputação de responsabilidade por improbidade, a exceção do Presidente da República, que apenas responde de acordo com o artigo 86, da Constituição Federal, haja vista o artigo 85, V, da CF, mencionar expressamente ser crime de responsabilidade o ato que atenta contra a probidade administrativa.

O Ministério Público pode ser autor, quando se possibilitará ao ente federativo lesado que o acompanhe no polo ativo, consubstanciando a intervenção móvel ou legitimidade bifronte, à luz da lei de ação civil pública; em não o sendo, atuará obrigatoriamente no feito, como fiscal da ordem jurídica, assim como ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Na via judicial, o processamento segue a seguinte ordem: primeiramente, é oportunizada a defesa prévia ao acusado, sabendo-se que, para anular o processo, necessário que se demonstre o prejuízo; após, o juiz analisa se recebe a ação – em recebendo, cabe agravo de instrumento como forma de impugnação, e em não recebendo (convencido, o magistrado, da inexistência do ato ímprobo, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita), a apelação é o recurso cabível. Observe-se, porém, que, mesmo que o juiz a receba, em verificando posteriormente a inadequação da ação, pode extinguir o processo sem resolução de mérito. Depois, seria o momento ideal, a fim de que o julgador analisasse o pleito de indisponibilidade ou sequestro de bens requerido na inicial, entretanto o STJ outrora afirmou que essas medidas cautelares podem ser efetivadas ainda que antes do recebimento da inicial, e também podem ser concedidas em momento posterior ao ato mencionado.

Outra medida cautelar explicitada pela lei nº 8.429/92 é o afastamento cautelar do agente público, a ocorrer por determinação da autoridade administrativa ou judicial, na hipótese em que vislumbrada a sua necessidade para a instrução. O Superior Tribunal de Justiça afirma que o prazo aqui é de 180 dias. Cabe dizer que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, sanções expostas no

artigo 12, da mesma legislação, somente podem ser imputadas com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

No que toca às punições por conduta ímproba, o STJ assentou a possibilidade de que elas sejam imputadas de maneira autônoma, isto é, não existe a obrigatoriedade em se punir com todas as sanções dispostas no dispositivo respectivo do artigo citado; à critério do Judiciário, de acordo com a natureza, gravidade e outros aspectos relevantes. E a aplicação da pena independe da efetiva ocorrência do dano, salvo quanto à pena de ressarcimento, até porque o artigo 11 se configura em havendo o dolo de descumprimento dos princípios regentes da Administração, bem como da aprovação ou rejeição das contas pelos Tribunais de Contas competentes.

A lei de improbidade administrativa (LIA) perfilha um crime especial em relação à denúncia caluniosa, tipificada no artigo 339, do Código Penal, pois, nesta, pune-se quem dá causa à instauração de investigação imputando, à pessoa, crime de que sabe ser a pessoa inocente. Contudo, aquela lei pune quem imputa ato ímprobo. Então, em nosso ordenamento, dar causa a início de investigação por ilícito que não seja crime, não configura delito penal, sendo fato atípico, salvo na hipótese de dar motivo a que se comece investigação por ato ímprobo, que é delito previsto na LIA. Explique-se: se o agente deu causa à instauração de investigação de improbidade administrativa em virtude de conduta que corresponde a um crime, consubstanciada está a denúncia caluniosa, podendo ser preso de dois a oito anos, somada à imputação de multa por isso; entretanto, se ele deu causa à instauração de investigação de improbidade, e o ato ímprobo equivocadamente imputado a terceiro não corresponder a um crime, responderá pelo delito tipificado no artigo 19, da LIA.

Referentemente à prescrição, o interstício para sua ocorrência é de: cinco anos, contados do término do mandato, cargo em comissão ou função de confiança (se o agente público foi reeleito, o prazo só começa a ser contado do fim do segundo mandato consecutivo), ou da data para prestação de contas à Administração Pública para as entidades do parágrafo único do artigo 1º, da LIA ("entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como para aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos"). Se, porém, o agente público possuir cargo efetivo ou emprego, o interstício prescricional é aquele relacionado, pela sua lei de regência, para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Lembre-se, todavia, que o Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, fixou a tese de imprescritibilidade das ações que buscam o ressarcimento ao erário por ato doloso

de improbidade administrativa, o que não pode ser confundido com a prescribibilidade da reparação de danos à Fazenda Pública por ilícito civil.

Findando o presente tópico, explana-se apontamentos importantes sobre a temática: não se pode esquecer da possibilidade da coexistência de título executivo extrajudicial advindo do respectivo Tribunal de Contas e de sentença condenatória em ação civil pública por improbidade, relacionada ao ressarcimento, incorrendo “bis in idem”, ainda que em virtude do mesmo fato, observando-se, contudo, quando da segunda execução, o desconto devido. Ademais, a improbidade administrativa é apta a gerar demissão de servidor, seja pelo Judiciário, seja em processo administrativo disciplinar, consoante o STJ.

3. A INTRODUÇÃO DO PENSAMENTO DA JUSTIÇA NEGOCIAL E O MICROSSISTEMA COLETIVO

A legislação que rege a improbidade, no Brasil, compõe o microsistema coletivo brasileiro, de acordo com a doutrina e a jurisprudência brasileira, conforme abaixo se explana:

(...) Nos termos da jurisprudência desta Corte, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa e a ação popular formam um microsistema de proteção de direitos coletivos, sendo plenamente compatíveis. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.379.659/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/04/2017; AgRg nos EREsp 995.995/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 09/04/2015; REsp 1.221.254/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/06/2012. VII. Agravo interno improvido.(STJ - AgInt no AREsp: 1410272 GO 2018/0320810-0, Relator: Ministra ASSULETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 16/05/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2019)

Nessa esteira, Daniel Assumpção:

(...) sempre que a lei específica, no caso a lei nº 8.429/92, não tiver previsão a respeito de algum aspecto processual, deve-se buscar no núcleo duro do microsistema a solução. O Superior Tribunal de Justiça é tranquilo na aplicação da lei nº 7.437/85 subsidiariamente à lei nº 8.429/92. (NEVES; OLIVEIRA, 2020, p. 184).

Sobre a tutela jurisdicional coletiva, o referido autor aduz:

(...) A tutela jurisdicional é voltada para tutela do direito material (...) distinção existente entre tutela jurisdicional individual e coletiva, que adota como critério de distinção a espécie do direito material violado. (...) Dessa forma, a tutela coletiva deve ser compreendida como uma espécie de tutela jurisdicional voltada a determinadas espécies de direitos materiais. A determinação de quais sejam esses direitos é tarefa do legislador, não havendo uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a tutela coletiva. Significa dizer que mesmo direitos de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando, para isso, que o legislador expressamente determine a aplicação desse tipo de sistema processual – microsistema coletivo – a tais direitos. É exatamente o que ocorre com o direito individual homogêneo que, mesmo tendo natureza individual, é objeto de tutela coletiva por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor. O mesmo ocorre com os direitos individuais indisponíveis do idoso, da criança e do adolescente, desde que a ação coletiva seja promovida pelo Ministério Público, nos termos dos arts. 15, 74 e 79 da lei nº 10.741/2001 (Estatuto do Idoso) e arts. 11, 201,V, e 208, VI e VII, da lei nº 8.069/1990 (ECA). (NEVES,; OLIVEIRA, 2020, p. 191 e 192).

Aclarando a temática, Fredie Didier e Hermes Zaneti:

Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, temos um processo coletivo. Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *latu sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2020, p. 35 e 36).

Assim, o direito coletivo refere-se a presença de um grupo em um dos polos da relação.

O Direito precisa acompanhar o desenvolvimento da sociedade, sob pena de ficar obsoleto, e o Direito Processual Civil vem perpassando por mudanças, a fim de corresponder às tendências modernas, até porque se verificou que o sistema tradicional adotado, até então, seria insuficiente para atender às demandas que lhe eram postas. O Direito Processual Coletivo é espécie do gênero processual civil, é o chamado processo civil especial.

Acerca das grandes alterações vividas pelo ramo, Rios Gonçalves:

O processo civil tem, nos dias de hoje, passado por grandes alterações. A par das teorias e fundamentos clássicos, assiste-se ao surgimento de novos movimentos e tendências, cujos instrumentos se prestam a atender às necessidades das sociedades contemporâneas. Há, hoje em dia, uma priorização de certos aspectos do processo, para os quais o sistema tradicional não dava solução. Os casos mais evidentes são os relacionados ao acesso à justiça e à lentidão dos processos, bem como à distribuição dos ônus decorrentes da demora na solução dos conflitos. (...) A busca atual e os novos rumos do processo dirigem-se à universalização da justiça, com a facilitação do acesso a todos, melhor distribuição do ônus do processo, além da tutela de interesses que, por estarem fragmentados entre os membros da coletividade, não eram adequadamente protegidos (socialização da justiça). A isso, deve-se acrescentar a tendência da constitucionalização do direito (GONÇALVES, 2018, p. 58).

Ao elencar os valores relacionados ao momento atual e às perspectivas para o futuro, o doutrinador citado é firme ao elencar a busca de formas alternativas de solução de conflitos como um deles.

Ao dissertar sobre as equivalentes jurisdicionais, Daniel Assumpção retrata não ter o Estado o monopólio da solução dos conflitos, pois a lei admite que este escopo seja alcançado pelas partes, entre si, enaltecendo o benefício de, em alguns momentos, elas serem valoradas:

A valorização das formas alternativas de solução dos conflitos já é demonstrada no art. 3º, do Novo Código de Processo Civil. Nos termos do §2º, o Estado promoverá, sempre que possível,

a solução consensual dos conflitos, enquanto o §3º prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (NEVES, 2016, p. 3 e 4).

É de salutar importância, todavia, enaltecer a expressão “sempre que possível” na incidência das equivalentes jurisdicionais para a solução de conflitos, devendo ocorrer a substituição do sistema tradicional apenas quando isso for o mais justo. Nesse sentido, a lição de Daniel Assumpção:

Por outro lado, em especial em determinadas áreas do direito material, como o direito consumerista, a distância econômica entre o litigante contumaz (fornecedor) e o litigante eventual (consumidor) gera transações – ou conciliações a depender do sentido emprestado ao termo – absolutamente injustas e que passam longe da tão propalada pacificação social. Se parece interessante por variadas razões para o fornecedor, para o consumidor a transação é muitas vezes um ato de necessidade, e não de vontade(...) Porque, ao se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as aguras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. (NEVES, 2016, p. 4 e 5).

Com a evolução do Direito, viu-se que a maneira conciliatória, negocial, de resolver conflitos poderia ser mais eficaz em um contexto em que fosse permitido sua atuação. Isso possui íntima relação com o postulado da efetividade, também entendido como valor desse novo instante, com o da resposta justa ao jurisdicionado e com o vetor da razoável duração do processo, além de sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido e enaltecendo o princípio da adequação, Fredie Didier e Hermes Zaneti Júnior:

Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio, extrema ratio*. A ideia de adequar o acesso à justiça aos direitos é defendida internacionalmente. A justiça não estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada. O princípio que faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso dos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si, para a tutela dos direitos, com finalidade do processo. ((DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2020, p. 376).

Com o fito de, resumidamente explicar a autocomposição e sua solução consensual de resolução de conflitos, extrai-se os vocábulos de Daniel Assumpção:

A autocomposição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito mediante a vontade unilateral ou bilateral de seus sujeitos (...) é um gênero, do qual são espécies a transação – a mais comum, a submissão e a renúncia. Na transação, há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão, o exercício de vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre do ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretense direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência. (NEVES, 2016, p. 5).

Lembre-se que a autocomposição é tão relevante para a efetividade e para a utilidade do acesso à justiça que o artigo 139, V, do Código de Processo Civil (CPC) prevê explicitamente que ela poderá se realizar a qualquer momento, bem como a Resolução nº 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, e, ainda, o CPC

evidencia sua importância em diversos momentos, a exemplo dos arts. 165, 166, §3º, 190, 221, parágrafo único, 334, §5º, 381, II, entre outros. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade de autocomposição até em processos de índole objetiva, afirmando que o fez “com vistas a conferir maior efetividade à prestação jurisdicional” (STF. Plenário. ADPF 165/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01/03/2018).

Feita tal diferenciação, concentre-se no objeto principal de análise do presente estudo.

4. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, A AUTOCOMPOSIÇÃO E O PACOTE ANTICRIME

A lei nº 7.347/85 (LACP) é um dos diplomas que compõem o núcleo duro do direito (processual) coletivo, no qual se insere a improbidade administrativa, assim como o Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, não havendo norma específica na lei que rege dada matéria do âmbito do direito coletivo, esta será complementada pela disposição das outras que compõem o microsistema, sobretudo pela lei da ação civil pública e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A lei nº 7.347/85 foi alterada pelo CDC e passou a prever, em seu art. 5º, §6º, a possibilidade de os órgãos públicos firmarem compromisso de ajustamento de conduta, com eficácia de título executivo extrajudicial.

Nesse ponto, vale lembrar que não são todos os legitimados a figurarem no polo ativo da ACP, dispostos no art. 5º, da lei respectiva, que possuem a prerrogativa de promover o compromisso de ajustamento de conduta, mas apenas aqueles que detêm natureza pública, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Administração direta e suas autarquias e fundações de direito público.

No que toca à natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, parte da doutrina entende se tratar de modalidade específica de autocomposição, a exemplo de Fredie Didier e Hermes Zaneti, enquanto uma segunda corrente doutrinária defende ser um verdadeiro negócio jurídico, como o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 1º, da Resolução 179/2017).

Um ponto importante refere-se a analisar os limites a que se submete tal instrumento. É vedada a disponibilidade do direito material tutelado, podendo ocorrer a disponibilidade do direito processual. Nesse sentido, Geisa de Assis Rodrigues, “De conseguinte, o compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de

eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica” (RODRIGUES, 2002, p. 175), assim como Fredie Didier e Hermes Zaneti:

Pelo compromisso de ajustamento de conduta, não se pode dispensar a satisfação do direito transindividual ofendido; não cabe a renúncia, mas, tão somente, a regulação do modo como se deverá proceder à reparação dos prejuízos, a concretizar os elementos normativos para a efetivação do direito coletivo. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2020, p. 381).

Ratificando o pensamento acostado, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão de controle administrativo e funcional dos membros de um dos legitimados à propositura do acordo, editou as Resoluções 23/2007 e 179/2017, para regulamentar a atuação deste no referido instrumento negocial, nas quais, de forma categórica, em seus arts. 14 e 1º, respectivamente, afirmou que o Parquet poderá firmar o compromisso com o responsável pela ameaça ou lesão aos direitos tutelados “visando (unicamente) à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados”, complementando que “não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (...)”.

Mais uma vez utilizando-se de Fredie Didier e Hermes Zaneti Júnior, aclara-se o que se afirmou:

Não é possível haver renúncia ao direito sobre o que se funda a ação coletiva, que não é de titularidade do legitimado extraordinário coletivo, mas do grupo; é possível, porém, cogitar o reconhecimento da procedência do pedido, por se tratar de benefício para o grupo – salvo em casos de situações jurídicas coletivas passivas, em que a tônica da indisponibilidade se mantém, pois situações jurídicas coletivas não estarão no polo passivo do processo (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2020, p. 378).

Em regra, o compromisso tem eficácia de título executivo extrajudicial, afinal é celebrado, na grande maioria das vezes, antes de ser iniciada a ação que visa à efetivar a responsabilidade do acusado, entretanto nada impede que seja feito na fase judicial, quando, após a homologação do magistrado, ostentará eficácia de título executivo judicial. No entanto, mesmo sendo perfectibilizado no meio de um

processo judicial, permanece a impossibilidade de disposição do direito material, tendo em vista a natureza indisponível dos direitos tutelados e a discrepância entre o polo ativo e o titular do direito protegido.

A lei nº 8.429/92 proibia, até o advento do Pacote Anticrime, a celebração de acordo ou transação, no seio de ação de improbidade administrativa. Contudo, a Resolução nº 179/2017, do CNMP, já admitia, o que o fez explicitamente, ressalvando que o compromisso não prejudicaria o ressarcimento ao erário nem a aplicação de uma ou de algumas sanções previstas pela lei, a serem ponderadas de acordo com a conduta praticada.

A partir da entrada em vigor do referido ato normativo do CNMP, passou-se a admitir a composição negocial nas hipóteses de improbidade administrativa, embora vozes em sentido contrário se levantaram aduzindo a impossibilidade de ato normativo de 2º grau afrontar o disposto em lei.

Todavia, o Ministério Público, em seus mais diversos ramos, aplicavam a Resolução e, conseqüentemente, firmavam acordos no bojo de investigações que sabidamente ensejaria a propositura de ações civis públicas visando à responsabilização por improbidade administrativa, sobretudo pelas considerações – bem - perfilhadas pelo CNMP, no texto minoritariamente impugnado, quais sejam: efetividade e promoção da justiça, utilidade da redução da litigiosidade, tendência unânime à desjudicialização, desafogamento do Judiciário, que teria espaço para garantir o acesso à justiça, entre outras.

Então, em consonância com a tendência do país na desjudicialização e pelos motivos positivos acima assentados, o legislador, em boa hora, modificou a lei de improbidade administrativa e passou a permitir, com a entrada em vigor da lei nº13.964/19, em 24 de janeiro de 2020, a autocomposição dos conflitos no bojo de inquéritos civis públicos iniciados com o fito de reunir elementos probatórios aptos a justificarem a impetração de uma demanda de responsabilização por ato de improbidade administrativa, observando-se a impossibilidade de renúncia ao direito protegido, afastando qualquer argumento quanto à sua não aplicação porque disposta em ato normativo de 2º grau eventualmente contrário à lei.

5. CONCLUSÃO

A lei nº 13.964, de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, trouxe inúmeras mudanças relacionadas ao direito penal e ao processo penal, modificando a legislação do Código Penal, do Código de Processo Penal e a extravagante, em vários dispositivos. Em soma, modificou a lei de improbidade administrativa, assentando a

possibilidade de autocomposição nas ações que visam a responsabilização por atos ímprobos.

A lei de improbidade administrativa ostenta caráter sancionador, embora na esfera administrativa, e o caráter de sanção também está ligado às searas penal e processo penal, por isso há de se verificar a pertinência em, no Pacote Anticrime, adicionar-se mudanças também na lei nº 8.429, de 1992.

Desse modo, afasta-se qualquer alegação de ter havido uma espécie de “contrabando legislativo”, expressão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, em 2015, quando proibiu que fossem incluídas, em emendas, pelos parlamentares, disposições que nada se relacionavam ao assunto assentado no texto em exame.

Verifica-se ser possível algumas formas de autocomposição na seara penal, inexistindo, assim, motivo para que não haja tal permissão na esfera do direito sancionador administrativo. Afinal, se pode no “mais”, qual seria a justificativa, para que não coubesse no “menos”?

O Conselho Nacional de Justiça já orientava os membros do Ministério Público, para que realizasse a autocomposição nas ações voltadas a responsabilizar gestores públicos, sendo também a posição de alguns doutrinadores, atendendo-se, porém, como explanado no presente estudo, à impossibilidade de renúncia no que toca ao direito material, podendo haver renúncia quanto ao direito processual. Pode haver, então, acordo quanto à forma de cumprimento das punições, ou no tocante à adequação do agir do administrador às exigências constitucionais, legais e/ou regulamentares, ou, ainda, relativamente à compensação ou à indenização. Isso porque observou-se os benefícios de instituí-la nos mais diversos conflitos, destacando-se a efetividade da prestação da justiça, a utilidade e a duração razoável do processo, as quais ocorreriam no objeto do acordo, bem como em outros conflitos sobre os quais não se logrou êxito na autocomposição, ou nos quais esta é impossibilitada, uma vez que o Judiciário estaria mais livre para se concentrar neles. Vale dizer que aquilo que é acordado é, inclusive, mais fácil de ser cumprido.

Assim, cabe aduzir que foi positiva a mudança perfilhada na lei nº 8.429, de 1992, e consentânea com os desejos do constituinte originário e dos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp: 1410272 GO 2018/0320810-0, Relator: Ministra ASSULETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 16/05/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGINT-ARESP_1410272_307b4.pdf?Signature=yDzZrQZc9123Q%2F5e%2FBpJAhGIPlg%3D&Expires=1592462964&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=9fc923d56f8acb9ab9d9d4eebd77c46d, acesso em 17 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Aplicação das súmulas do STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227>, acesso em 12 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm, acesso em 17 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm, acesso em 17 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm, acesso em 17 de junho de 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. In: CANOTILHO, J.J. et. al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalism*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, HERMES. *Curso de Direito Processual Civil*. 14ª ed. Salvador: JusPodvium, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8^a ed. Salvador: JusPodvium, 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA: DIREITOS E GARANTIAS

PAULO ROCHA GOMES GUERRA:

Graduando em Direito ; Servidor Público do TRT 14ª Região;

Resumo: O “Transtorno de Espectro Autista” (TEA) é definido como uma espécie de patologia que se caracteriza pela não-interação em sociedade, comportamentos repetitivos, dificuldade de comunicação, dentre outros. Tal dificuldade ainda não possui cura efetiva, ficando limitada a meros tratamentos que apenas diminuem o agravamento desta. Dessa forma, é necessário que o Estado proporcione direitos e garantias para sua interação social, o que já vem ocorrendo, porém ainda há um longo caminho a ser trilhado para que haja a efetivação das garantias destas pessoas. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo demonstrar quais são os direitos e garantias assegurados pelo Estado para a inclusão dessas pessoas em sociedade, tendo sido utilizado como meio de coleta de dados as legislações atuais que tratam do tema supracitado. Por fim, conclui-se que o Estado tem proporcionado direitos e garantias às pessoas com Transtorno de Espectro Autista, restando tão somente implementar novas políticas públicas no que concerne ao direito a educação, visto que, em determinados casos, as instituições de ensino do Estado não possuem profissionais e equipamentos necessários para acolherem as pessoas com TEA, o que acaba por afrontar a premissa da igualdade vinculada no art. 5º da CF/88.

Palavras-chave: Garantias. Direitos. TEA. Estado.

Abstract: “Autistic Spectrum Disorder” (ASD) is defined as a kind of pathology that is characterized by non-interaction in society, repetitive behaviors, communication difficulties, among others. Such difficulty still does not have an effective cure, being limited to mere treatments that only reduce its worsening. In this way, it is necessary for the State to provide rights and guarantees the social interaction, which has already been occurring, but there is still a long way to go in order for those guarantees of these people to be effective. As follows, this research aims to demonstrate what are the rights and guarantees guaranteed by the State for the inclusion of these people in society, having been used as a means of data collection the current legislation that deal with the aforementioned theme. Finally, it is concluded that the State has provided rights and guarantees to people with Autism Spectrum Disorder, leaving only to implement new public policies regarding the right to education, since, in certain cases, the State's educational institutions they do not have the professionals and equipment necessary to welcome people with ASD, which

ends up facing the premise of equality linked in 5th article of the CF/88 (Constitution of the Federative Republic of Brazil)

Key-words: Garantees. Rights. ASD. State.

Introdução

O Transtorno de Espectro Autista é aquele que afeta o discernimento neural do indivíduo, fazendo com que ele possua dificuldade ao se comunicar e compreender determinadas situações. Sabe-se que as tentativas médicas em encontrar uma cura para a referida patologia foram incessantes, porém nenhuma prosperou sucesso absoluto, sendo possível apenas reduzir os danos causados por esta doença.

Neste contexto, considera-se que o termo “autismo” advém de muito antes de existir leis que garantissem a inclusão social daqueles que portavam o referido transtorno psicológico. Sua primeira aparição se deu através do psiquiatra suíço Eugen Bleuler, no ano de 1908, e, através desse termo, Bleuler caracteriza indivíduos que portavam sintomas negativos e alienação social advindas da esquizofrenia (TUCHMAN; RAPIN, 2009, p. 17).

Diante de tal abordagem, foi necessário que o Estado propusesse diversas medidas para garantir os direitos básicos destes indivíduos, como é o caso do direito à saúde, educação e trabalho. Assim, o objetivo deste trabalho foi compilar as legislações existentes sobre o referido assunto.

Nessa perspectiva, usando a metodologia de ensino qualitativa de natureza explicativa/exploratória, foi discorrido sobre o que existe na legislação brasileira e como são aplicadas (na prática) as garantias propostas pelo Estado, a fim de resguardar os direitos fundamentais das pessoas com TEA.

1.Desenvolvimento

Da procura pelo material publicado sobre direitos e garantias para as pessoas com autismo, pode-se ver que é possível expor o tema em alguns tópicos a seguir: A evolução do direito brasileiro em prol das pessoas com deficiência; A Constituição Federal de 1988 e suas garantias as pessoas com deficiência; O Transtorno de Espectro Autista – TEA; Os direitos e garantias das pessoas com TEA; Do direito à saúde; Do direito à educação; Do direito ao emprego; e por fim, as Políticas Públicas que visam a melhor aplicação do direito à educação.

A seguir, serão explanados os tópicos elencados:

2.A evolução do direito brasileiro em prol das pessoas com deficiência

Desde os primórdios da humanidade é sabido que já existiam pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, as quais foram ocasionados por algum tipo de má formação genética do indivíduo, ou até mesmo por ocasiões nas quais este perdeu parte de suas funções (visão, audição, amputação de membros, dentre outros).

Diante disso, necessário se faz expor um pouco acerca de como tais pessoas eram tratadas no período antigo, visando demonstrar que, naquela época, a "deficiência" proporcionava a seus portadores dificuldades no meio de convivência com os demais.

No que concerne a este fato, sabe-se que, no período do Egito antigo, há relatos históricos que apontam a não-exclusão das pessoas portadoras de deficiência do convívio em sociedade, conforme explica Maria Aparecida Gugel:

Estudos arqueológicos, com base em restos biológicos e evidências artísticas, demonstram que no Egito Antigo as pessoas com deficiência não sofriam qualquer tipo de discriminação. As artes, os túmulos, os papiros e as múmias revelam que a deficiência não consagrava impedimento para as mais diversas atividades desenvolvidas pelos egípcios, sendo que as pessoas com deficiência se integravam nas diversas camadas sociais (GUGEL, 2007. p. 2).

No período em questão, é notória a intenção egípcia pela inclusão social de deficientes, onde pode-se afirmar que estes encontravam-se em diferentes estratos da sociedade egípcia, desde a classe dos faraós e nobres, até a classe mais baixa de agricultores e escravos. É relatado ainda que muitas das pessoas com deficiência conseguiram constituir família, e viver uma vida "normal" dentro dos parâmetros da sociedade.

Nesse contexto, pode-se dizer que o Egito antigo foi um dos primeiros a proporcionar igualdade e dignidade às pessoas portadoras de deficiência, uma vez que, para eles, tais pessoas eram consideradas comuns, sem qualquer diferenciação dos demais membros da população.

Fontes arqueológicas de mais de cinco mil anos, indicam que pessoas com nanismo ofereciam seus serviços a altos funcionários, morando na residência destes e recebendo tratamento diferenciado, contando, ainda, com funerais e

tumbas em cemitérios reais perto das pirâmides, demonstrando a sua proximidade com o patrão (GUGEL, 2007, p. 2).

Os egípcios antigos acreditavam que doenças graves (como deficiências físicas e problemas mentais) eram ocasionadas por intervenção de maus espíritos, demônios ou por pecados advindos de vidas anteriores do portador da referida doença.

Para os egípcios, as doenças que acometiam os enfermos eram consideradas como “maldições”, as quais deveriam ser pagas na atual vida do seu portador. Acreditavam ainda que as referidas doenças só poderiam ser anuladas mediante intervenção divina, ou pelos “médicos sacerdotes”, que eram especialistas nos ditames do então “livro sagrado”, o qual possuía explicações sobre doenças e suas respectivas curas.

Noutro giro, sabe-se também que, no período antigo, muitos eram os casos de perda de membros ocasionados por batalhas corpo a corpo com uso de espadas cortantes, razão que fez com que a Grécia implantasse um sistema de amparo a pessoas que não tinham condições de garantir seu sustento. Inicialmente, tal sistema foi proposto apenas para os que foram mutilados em guerras, sendo posteriormente ampliado para outras pessoas com deficiência, independente da causa da enfermidade.

Na História Grega existem citações relativas à assistência destinada a pessoas deficientes que são muito mais claras e específicas do que aquelas encontradas em culturas anteriores, contemporâneas ou posteriores.

Havia, por exemplo, em Atenas e em Esparta – rivais famosas – determinações oficiais que davam aos soldados feridos e seus familiares vantagens de diversas naturezas. Existiam provisões especiais relacionadas à alimentação, como as que eram consequentes a uma lei de Sólon (640 a 558 a.C.) que determinava: “Soldados feridos gravemente e os mutilados em combate serão alimentados pelo Estado” (SILVA, 2009, p. 68).

A partir do fato mencionado, a Grécia passou a ser considerada como a pioneira no movimento relacionado a assistência médica à população civil e àqueles que portam determinada deficiência. A referida assistência, disponibilizada pelo

governo grego, era efetivada através de medicações, intervenções cirúrgicas, banhos especiais, fisioterapias, bem como pela força da fé e sua capacidade de cura.

Todavia, apesar de pioneira nas questões de natureza médica para aqueles que portavam determinada deficiência, a Grécia regrediu no que concerne ao tratamento das crianças recém nascidas. Fatos históricos revelam que, na Grécia, principalmente em Esparta, assim que uma criança nascia, seu pai era obrigado a apresentá-la a uma comissão de anciões, os quais detinham o dever de analisar as condições físicas desta, e, caso fosse acometida de doença grave (deficiência), a criança deveria ser sacrificada.

Pelas leis vigentes, ele era obrigado a levar o bebê, ainda bem novo, a uma espécie de comissão oficial formada por anciões de reconhecida autoridade, que se reunia para examinar e tomar conhecimento oficial do novo cidadão. Segundo Plutarco, eles se reuniam num local conhecido como "leschi" (correspondendo certamente a "edifício", "órgão oficial", "repartição") para esse fim. Se nesses locais os autorizados anciões anotavam ou não os dados pessoais de identificação, de paternidade, de maternidade, de local e de data do nascimento, de sexo e outros, o historiador não nos indica. Pelo seu relato sabemos que, se fosse um bebê normal e forte ("se o achavam belo, bem formado de membros e robusto") ele era devolvido ao pai que passava a ter a incumbência de cria-lo. Depois de certa idade – entre os 6 e 7 anos – o Estado tomava a si a responsabilidade e continuava sua educação, que era dirigida para a arte de guerrear, como podemos comprovar pelos estudos da História Grega Antiga. No entanto, "se lhes parecia feia, disforme e franzina", como refere Plutarco, esses mesmos anciões, em nome do Estado e da linhagem de famílias que representavam, ficavam com a criança. Tomavam-na logo a seguir e a levavam a um local chamado "Apothetai", que significa "depósito". Tratava-se de um abismo situado na cadeia de montanhas Taygetos, perto de Esparta, para lá a criança ser lançada e encontrar sua morte, "pois, tinham a opinião de que não era bom nem para a criança nem para a república que ela vivesse, visto como desde o nascimento não se mostrava bem constituída para ser forte, sã e rija durante toda a vida (SILVA, 2009, p. 86/87).

O governo grego justificava os referidos sacrifícios pela teoria da “busca pela perfeição”. Vale ressaltar que, em Esparta, o sacrifício de crianças portadoras de deficiência foi considerado como normal por muitos séculos durante a história da humanidade.

O fato mencionado pode ser observado também em outras culturas, como foi o caso da cultura romana, a qual garantia direito à vida somente para crianças que não possuíam deformidades ou doenças graves, alegando que a sobrevivência dessas referidas crianças seria prejudicial para a sociedade e para o Estado romano.

Mesmo com a legislação vigente a respeito do sacrifício de crianças em Roma, tal fato não era rotineiro, haja vista que cabia ao pai executar seu próprio filho. Sendo assim, alguns pais não tinham coragem de matar sua prole, acabando por abandoná-las em cestos às margens do rio Tibre.

(...) havia para o “pater famílias”, dentre as faculdades a ele outorgadas pelo poder paterno (*pátria potestas*), uma alternativa: poderia expor a criança às margens do rio Tibre ou em lugares sagrados, desde que antes de o fazer tivesse mostrado o recém-nascido a cinco vizinhos, para que fosse de certa forma certificada a existência da anomalia ou mutilação (SILVA, 2009, p. 92).

O sacrifício de crianças portadoras de deficiências só parou de ocorrer com o advento do Cristianismo, o qual defende que pessoas com determinada anomalia são consideradas como “criaturas de Deus”, as quais eram possuidoras de almas, não merecendo castigos por não estar dentro dos padrões da sociedade.

O Cristianismo cessou de vez com as atitudes ligadas ao extermínio de pessoas com deficiência, garantindo a elas cuidados especiais, os quais eram garantidos pela igreja e pela família. Apesar disso, não foi assegurado a inclusão social como um todo, uma vez que grande parte da sociedade ainda considerava os enfermos como pessoas indignas.

Mesmo com a evolução humana, em tempos atuais, ainda é fato que a vida em sociedade não é fácil para aqueles que possuem alguma deficiência, apesar das tentativas de inclusão social por parte dos governos. Os indivíduos muitas vezes não conseguem se adaptar ao convívio em sociedade, pois sofrem com o desprezo da maioria das pessoas.

O tema “inclusão social” só tomou forma durante o século XX, em decorrência das desastrosas consequências ocasionadas pelas duas guerras mundiais, as quais

contabilizaram milhões de mortos e mutilados. Foi através desses conflitos que aconteceu demasiado impulsionamento no que concerne as questões de igualdade, dignidade e direitos humanos.

Durante a Segunda Guerra Mundial, a qual foi conturbada pelas diversas atrocidades, e o quase domínio mundial por parte do regime nazista (que detinha a premissa grega e romana do "ser humano perfeito"), o mundo se viu em uma situação na qual aqueles que eram "diferentes" não tinham direito a vida, conforme explica Doris Bulau:

Em 1º de setembro de 1939, Adolf Hitler assinou um decreto autorizando os médicos e psiquiatras a concederem o que chamavam de "morte de misericórdia" a doentes incuráveis, deficientes mentais e físicos. Esse programa de "eutanásia" atingia todos os cidadãos judeus na Alemanha.

Uma das testemunhas dessa máquina mortífera, o tenente Peter von der Osten, lembra que "não se ouviam nem gritos nem tiros. Eles (os judeus) eram impelidos para a morte pelos alemães, mas sem gritos. Pode-se dizer que pairava no ar um silêncio de morte, algo muito deprimente" (BULAU, s/a, p. 01).

Em razão de tais acontecimentos, os países vencedores da guerra se viram na obrigação de criar leis que garantissem a dignidade de vida das pessoas, mesmo que essas sejam acometidas de enfermidades graves. Diante disso, destaca-se que o marco principal da conquista dessas referidas pessoas foi a "Declaração Universal dos Direitos Humanos" da ONU, a qual foi promulgada no ano de 1948. Relata o artigo 1º da referida declaração: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (ONU, 1948, p. 04).

Diante desta nova tratativa sobre inclusão e igualdade social, houve diversas discussões no cenário internacional sobre a proteção daqueles que possuíam deficiência. Então, como consequência disto, surgiu a "Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência", no ano de 1975.

Ademais, houve convenções que foram, de certo modo, essências para o tema, como, por exemplo, a "Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência" (1999), e a "Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência" (2006). Todos esses momentos históricos foram fundamentais para assegurar as pessoas

portadoras de deficiência direitos e garantias fundamentais para seu desenvolvimento, e para um convívio digno e igualitário em sociedade.

Neste contexto, sabe-se que o Brasil como Estado Democrático de Direito não poderia se eximir ou omitir-se em assegurar a estas pessoas uma inclusão social efetiva, garantindo direitos e proporcionando uma vida saudável e próspera. Por esta razão, no ano de 1988 foi promulgada a então “Constituição Cidadã”, a qual ficou marcada na história como a constituição que mais garante e defende os direitos dos indivíduos.

2.1 A Constituição Federal de 1988 e suas garantias as pessoas com deficiência

Promulgada no ano de 1988, a “Constituição Cidadã” foi baseada em ideias republicanas, democráticas e humanitárias, sendo apontada com a “constituição brasileira que mais defende os direitos dos homens”. A referida Carta Magna apresentou um avanço jamais visto na luta pela qualidade de vida e inclusão social daqueles que possuem deficiência, tendo como princípios basilares que asseguram tais direitos o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), e o princípio da igualdade (art. 5º).

A respeito do conceito de dignidade elencado na Constituição de 1988, o ilustríssimo doutrinador Alexandre de Moraes aponta que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2007, p.16).

O segundo princípio constitucional consagra a igualdade de todos perante a lei, sem que haja distinção de qualquer natureza, gerando assim uma igualdade formal. Entretanto, a referida Carta Magna vai muito além para tentar alcançar uma igualdade de cunho material, a qual é capaz de tratar igualmente os iguais, e, doutro giro, desigualmente os desiguais, o que possibilita concretizar, por meio de “compensações”, a “igualdade real de oportunidades”. A respeito disso, Pedro Lenza versa que:

Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei. Essa busca por igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

(...)

Celso Antônio Bandeira de Mello parece ter encontrado parâmetros sólidos e coerentes em sua clássica monografia sobre o tema do princípio da igualdade, na qual estabelece três questões a serem observadas, a fim de se verificar o respeito ou desrespeito ao aludido princípio. O desrespeito a qualquer delas leva à inexorável ofensa à isonomia. Resta, então enumerá-las: a) a primeira diz com o elemento tomado como fatos de desigualação; b) a segunda reportase à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interessados absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizado. Esses critérios podem servir de parâmetro para a aplicação das denominadas discriminações positivas, ou affirmative actions, tendo em vista que, segundo David Araujo e Nunes Júnior, "...o constituinte tratou de proteger certos grupos que a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. (LENZA, 2012, p. 973 – 975).

Ademais, observa-se que a Carta Magna de 1988 estabeleceu normas específicas acerca do tratamento das pessoas com deficiência, as quais afirma-se que:

- a) Compete a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o cuidado com a saúde e a assistência pública, proteção e garantias das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II);
- b) É dever do Estado legislar visando a proteção e a integração do portador de deficiência (art. 24, XIV);
- c) É assegurada a reserva em vagas de cargo público (art. 37, VIII);
- d) É proibido qualquer tipo de discriminação no trabalho, sendo esta inerente ao salário ou a admissão do portador de deficiência (art. 7º, XXXI);
- e) Deverá ser ofertado ao deficiente, a assistência social, a reabilitação e o benefício previdenciário (art. 203, IV e V);
- f) Deverá ocorrer atendimento especializado para aqueles que necessitam no tocante a educação básica e superior, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III);
- g) É dever do Estado o cuidado com a criança e adolescente portador de deficiência no tocante a criação de programas de prevenção e atendimento especializado (art. 227, II);
- h) E por fim, o dever de fornecer acessibilidade universal, buscando pela eliminação de barreiras arquitetônicas, adaptando locais públicos, edifícios, veículos de transporte coletivo e afins (art. 227, II, §2º).

Por isso, é certo dizer que a referida Carta Magna trouxe diversos benefícios e garantias para aqueles que possuem necessidades especiais, tendo em vista que estes necessitam de grande amparo estatal, por conta das diversas dificuldades que enfrentam no dia a dia.

3. O Transtorno de Espectro Autista – TEA

Entende-se por “Transtorno de Espectro Autista” (TEA), o transtorno ligado ao desenvolvimento neurológico do indivíduo, o qual é caracterizado por dificuldades na comunicação e interpretação social, além de haver a presença de comportamentos repetitivos e restritivos. Conforme explica Mercadante e Rosário (2009, p.17), os portadores de autismo constituem “um grupo que apresenta precocemente atrasos e desvios no desenvolvimento das habilidades sociais e comunicativas e um padrão restrito de interesses”.

Tais sintomas esboçam o que é o núcleo do referido transtorno, mas sua gravidade tende a ser variável, podendo ser mais gravosa ou não, dependendo do paciente. Esse transtorno é classificado como pervasivo e permanente, não havendo ainda cura para este, mesmo que haja intervenção precoce no caso.

A inteligência fica comprometida em grande parte das crianças com autismo, cerca de 56% desses pacientes apresentam algum grau de deficiência intelectual; contudo, muitas dessas crianças podem frequentar escolas e ter um desempenho acadêmico regular.

Outros transtornos associados podem estar presentes e algumas dessas principais condições são as epilepsias, o transtorno obsessivo compulsivo, o transtorno de ansiedade generalizada, os transtornos de tiques e o transtorno de déficit de atenção/hiperatividade (TEIXEIRA, 2016, p. 09 - 10).

A intervenção precoce na tratativa do autismo interfere somente em sua evolução e prognóstico geral do paciente, suavizando seus sintomas. Apesar de não efetivar a cura para a doença, o tratamento beneficia o paciente em diversos pontos, e não somente o indivíduo, mas também sua família e o Estado, visto que não haverá impactos econômicos severos para esses no que concerne ao tratamento do paciente.

Pode-se observar que o TEA tem suas primeiras aparições no paciente já nos primeiros anos de vida, porém sua trajetória inicial tende a não ser uniforme, havendo diversas variações de caso a caso. Em determinadas crianças os transtornos podem exibir evidências já nos primeiros instantes de vida (nascimento), contudo, na maioria dos casos, os sintomas do TEA só se confirmam entre crianças de 12 a 24 meses de idade.

Neste sentido, observa-se que são alguns dos sinais sugestivos de TEA no primeiro ano de vida da criança são: a não aceitação de toques; não responder a seu próprio nome; demonstra mais interesse por objetos do que por pessoas; não apresentar sorriso social; apresentar distúrbios de sono, moderados ou graves, dentre outros sinais.

Bebês com autismo apresentam grande déficit no comportamento social, tendem a evitar contato visual e se mostram pouco interessados na voz humana. Eles não assumem uma postura antecipatória; por exemplo, colocando seus braços à frente para serem levantados pelos pais, podem ficar indiferentes ao afeto e não demonstrar expressão fácil ao serem acariciados.

Outra característica observada em alguns bebês e crianças pequenas com autismo é o início normal de seu desenvolvimento de habilidades sociais, mas de repente esse processo é interrompido e a criança começa a regredir em seu desenvolvimento social. Por exemplo: a criança com dois anos de idade que para de falar, de mandar tchau e de brincar socialmente, como nos jogos do tipo pega-pegal (TEIXEIRA, 2016, p. 08).

Vale salientar que o TEA se manifesta independente da etnia, classe ou condição socioeconômica, porém, em determinadas localidades do mundo, o referido transtorno tende a não ser identificado e tampouco tratado, tendo em vista que determinadas localidades não possuem a infraestrutura necessária para o tratamento da doença.

3.1 Os direitos e garantias das pessoas com TEA

Uma vez compreendido o que é o Transtorno de Espectro Autista, necessário se faz expor as leis que visam permitir que as pessoas portadoras da referida patologia possam ser acolhidas pela sociedade. Noutro giro, é sabido que, mesmo com as leis de amparo, ainda existem casos onde estas pessoas não conseguem almejar a inclusão no meio laboral, escolar e social, levando em consideração o preconceito de determinadas partes da sociedade.

Segundo aponta Miranda (2008), o atendimento às pessoas com deficiência teve início no Brasil em sua época de império, onde houve a criação de duas instituições que visavam propiciar o apoio a estas pessoas, sendo elas o “Instituto dos Meninos Cegos” (conhecido atualmente por “Instituto Benjamin Constant”), e o “Instituto dos Surdos-Mudos” (atual “Instituto Nacional de Educação de Surdos” – INES).

As instituições citadas anteriormente foram criadas na década de 1850, sendo consideradas como um marco histórico no que concerne ao atendimento às pessoas com deficiência no Brasil. Entretanto, aponta-se que as referidas instituições foram criadas apenas para o atendimento das pessoas que detinha deficiências visuais e auditivas, havendo assim, exclusão de atendimento àqueles que possuíam outros tipos de deficiências, como a mental, por exemplo.

Apesar de já presentes no rol de legislativo nacional, foi apenas após a promulgação da Carta Magna de 1988 que surgiram boa parte das leis e diretrizes que buscaram por garantir e resguardar os direitos das pessoas com deficiência, tendo em vista que a constituição em seu teor busca pela igualdade e dignidade de

todos da sociedade. As primeiras garantias de amparo as pessoas com Transtorno de Espectro Autista encontram-se exposta na Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), sendo que tal lei trata dos deficientes em geral, englobando as pessoas com TEA.

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 , em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil , em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 , data de início de sua vigência no plano interno.

Art. 2º **Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (Grifo Nosso).**

Versa ainda o “Estatuto da Pessoa com Deficiência” acerca dos deveres do Estado, em concorrência com a sociedade e família para com as pessoas com deficiência:

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à

comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Neste sentido, fica evidente o dever do Estado e da sociedade ao proporcionar às pessoas com necessidades especiais todos os direitos e garantias que forem necessários para seu desenvolvimento intelectual e profissional, assegurando a estes qualidade de vida digna e saudável.

Assim, para poder defender os direitos das pessoas que possuem o Transtorno de Espectro Autista (TEA), foi promulgada no ano de 2012 a Lei nº 12.764, a qual ficou conhecida como “Lei Berenice Piana”, a qual foi homenagem por ser uma mãe que lutou e luta pelos direitos das pessoas com autismo desde o primeiro momento do diagnóstico de seu filho.

A referida lei tem papel importantíssimo na defesa dos direitos e garantias das pessoas com TEA, relatando tal fato já no artigo 1º da referida lei, “esta lei institui a política nacional de proteção dos direitos da pessoa com transtorno do espectro autista e estabelece diretrizes para sua consecução”. Neste sentido, são consideradas pessoas com transtorno de espectro autista aquelas expostas no §1º do presente artigo:

Art. 1. [...]

§1º. Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

I - Deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - Padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos

sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

Em prol das pessoas espectro autista, o referido artigo em seu §3º, versa que determinados estabelecimentos comerciais, os quais estão expostos na Lei nº 10.048/2000, poderão valer-se da utilização da fita “quebra-cabeça”, a qual é o símbolo mundial da priorização em conscientização do referido transtorno.

Dito isso, necessário é expor acerca dos direitos assegurados pelo Estado às pessoas com TEA, em relação à educação, saúde, carreira profissional e inclusão social como um todo.

3.2 Do direito à saúde

Uma das primeiras garantias disponibilizadas pelo Estado às pessoas com necessidades especiais, incluindo também as pessoas com Transtorno de Espectro Autista, é a garantia à saúde. Versa a Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, caput, que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Dessa maneira, é notória a obrigação do Estado em propiciar a estas pessoas a garantia de saúde, nos termos da CF/88 e das leis específicas que tratam do caso, a fim de proporcionar a estes indivíduos a “dignidade” firmada pelo art. 1º, e a “igualdade” exposta no art. 5º da referida Carta Magna. Assim, aponta o artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Estado jamais poderá omitir-se de tal obrigação para com a sociedade, e, dessa forma, não poderá negar-se a oferecer tal direito para as pessoas com necessidades especiais, tendo em vista que estas também se encontram amparadas pela Constituição e por leis específicas.

Neste sentido, versa José Quadro de Magalhães:

O direito à saúde não implica somente direito de acesso à medicina curativa. Quando se fala em direito à saúde, refere-se

à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e a educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas. Muitas das doenças existentes no País, em grande escala, poderiam ser evitadas com programas de esclarecimento da população, com uma alimentação saudável, um meio ambiente saudável e condições básicas de higiene e moradia. A ausência de alimentação adequada no período da gestação e nos primeiros meses de vida é responsável por um grande número de deficientes mentais (MAGALHÃES, 2008, p. 10).

A lei 12.764/2012 rege em seu art. 3º, inciso III, a respeito da garantia de saúde disponibilidade às pessoas com autismo, aborda que:

Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

[...]

III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:

- a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;
- b) o atendimento multiprofissional;
- c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;
- d) os medicamentos;
- e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento.

Entende-se que quanto mais cedo o diagnóstico do autismo for constatado, melhor será seu tratamento para não agravar o caso, como pleiteou o Estado através da referida lei, e também pelo atendimento integral destas pessoas quando ainda são recém nascidas, garantido a elas um melhor controle da doença quando constatada no paciente.

O atendimento para estas pessoas fica a encargo do Sistema Único de Saúde (SUS), que tem como função principal criar planos de descentralização,

regionalização e controle social, a fim de garantir que estas pessoas tenham atendimento de saúde em quaisquer localidades da nação.

Vale salientar que existem outros meios de apoio para a saúde do autista, como é o caso do Centro de Apoio Psicossocial Adulto e Infantil (CAPS), que visa proporcionar aos autistas atendimentos nos problemas de cunho psicológicos, assegurando um melhor desenvolvimento para estes.

3.3 Do direito à educação

Conforme já abordado anteriormente, a Constituição da República é clara ao dizer em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza. Nesse sentido, também é clara ao afirmar que é dever do Estado garantir e prestar atendimento educacional aos portadores de necessidades especiais, conforme expõe o art. 208, inciso III.

Porém, foi antes da Constituição Cidadã de 1988 que surgiu uma das primeiras leis a tratar da inclusão das pessoas com deficiência ao sistema educacional, a chamada “Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional” (LDBEN), Lei nº 4.042/61. Esta lei enquadra as referidas pessoas como “excepcionais”, as quais deveriam ser introduzidas no sistema geral de ensino na medida do possível, integrando-os assim, a comunidade educacional regular.

Neste contexto, é sabido que a referida lei teve que passar por diversas mudanças, haja vista que em sua consonância não organizava um sistema educacional capaz de suprir as necessidades das pessoas com deficiência, o que não efetivava uma educação inclusiva a todos. Sendo assim, aponta-se que somente no ano de 1996 o Estado conseguiu garantir, de certa forma, o direito básico à educação para as pessoas com deficiência, firmada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), onde busca-se pela inclusão social destas pessoas.

Nesse sentido, houve, de maneira concorrente, a inclusão das pessoas com TEA, pois o texto base firmava a garantia a todos que detinham necessidades especiais. Desta feita, o Estado pode propiciar a primeira inclusão social “efetiva” de tais pessoas, conforme aponta o art. 4º, inciso III, da referida lei nacional (já revogado), e sua nova redação advinda da Lei nº 12.796/2013:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino (Revogado);

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino.

Ressalta-se que este direito à educação vai desde o ensino primário até o superior, o qual o Estado garante, através das medidas públicas, a vaga e o atendimento especializado para as pessoas com TEA. Neste sentido, a professora Sônia Aranha (2015), define o Atendimento Especializado como:

[...] o conjunto de atividades e recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente para atender exclusivamente alunos com algum tipo de necessidade especial, no contra turno escolar. Pode ser realizado em salas de recursos especiais na escola regular ou em instituições especializadas (ARANHA, 2005, s/p).

Na mesma perspectiva explana Sônia de Jesus (2005), “a educação especial é um tipo de ensino que visa desenvolver todas as potencialidades de pessoas portadoras de necessidades especiais, condutas típicas ou altas habilidades”. Assim sendo, o Estado deve propiciar garantias públicas de ensino a estas pessoas, a fim de melhor contribuir para o desenvolvimento delas.

Tal questão encontra-se firmada na Lei de Diretrizes Escolares (Lei nº 9.394/96), em seu artigo 58, onde é exposta a definição legislativa para o Atendimento Educacional Especializado:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

Nesta premissa, é notório dizer que o referido atendimento educacional especializado deve ser ofertado fora do horário normal de aula, porém na própria

rede de ensino, no ambiente onde o estudante consiga desenvolver melhor suas habilidades cognitivas, como é o caso das salas multifuncionais com equipamentos, professores e matérias que melhor se amoldam às necessidades das pessoas com TEA.

Nesta seara, insta salientar que a referida lei ainda apresenta, conforme o art. 59, quais serão as garantias ofertadas pelo Estado em prol das pessoas com necessidade especiais:

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

Neste sentido, é perceptível o quão importante é a inclusão para o processo de reconhecimento das necessidades de educação especial, porém, mesmo diante das propostas estabelecidas pela lei, não é notória a luta constante pelos direitos de

inclusão dos portadores de necessidades especiais, o que acaba por enfraquecer a perspectiva de igualdade para estas pessoas.

Sabe-se que uma das maiores dificuldades enfrentadas por estas pessoas é a inserção efetiva na educação, tendo em vista que as instituições de ensino, os profissionais da área, pais e alunos não estão preparados para essa inclusão, em muitos casos, resultando por não saberem como lidar com a situação.

A respeito disso, sabe-se que o problema tem início dentro da instituição de ensino, que deixa de ser inclusiva, acolhedora e adaptável aos referidos alunos, tendo em vista que a maioria não possui infraestrutura e equipamentos essenciais para auxiliar no desenvolvimento das habilidades do deficiente. Tal descaso com esta inclusão advém do fator estatal, já que tampouco importa aos governantes determinadas necessidades da população. Neste sentido, entende Romeu Kazumi (2008):

A integração trabalha com o pressuposto de que todos os alunos precisam ser capazes de aprender no nível pré-estabelecido pelo sistema de ensino. No caso de alunos com deficiência (intelectual, auditiva, visual, física ou múltipla), a escola comum condicionava a matrícula a uma certa prontidão que somente as escolas especiais (e, em alguns casos, as classes especiais) conseguiriam produzir (KAZUMI, 2008).

O direito à educação destinada para as pessoas com deficiência é encontrado também na lei especial destinada a estes, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e em seu artigo 27 versa o seguinte acerca da referida garantia:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Insta salientar que caso determinada instituição de ensino não queira ofertar vaga ao aluno portador de deficiência, poderá ser proposta a medida judicial denominada "Mandado de Segurança" (que é dado como remédio constitucional que visa garantir direitos fundamentais advindos da Constituição da República). Assim, conforme aponta o artigo 5º, inciso LXIX, da CF/88:

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

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Neste sentido entendeu a 1

^a Turma do Órgão Colegiado do Estado do Pará, ao improceder Agravo de Instrumento proposto pelo município de Belém, que visava negar a garantia de ensino a adolescente com Transtorno de Espectro Autista:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO PELO JULGAMENTO DE MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO. REJEITADA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ADOLESCENTE DIAGNOSTICADA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA – TEA. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO NO HORÁRIO ESCOLAR. ARTIGO 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 3º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 12.764/2012. AUSENTES OS REQUISITOS LEGAIS DO ART. 300 DO CPC. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. À UNANIMIDADE.

1 - O acesso à educação especificamente dos portadores de deficiência física, o inciso III do art. 208 da CF/88 estabeleceu que é dever do Estado fornecer atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

2 – No caso, constitui dever do Estado, em sua ampla acepção, de assegurar à pessoa com transtorno do espectro autista a frequência a sistema educacional inclusivo, com a presença de mediador, ou seja, será assegurado o acompanhamento especializado visando facilitar o acesso à educação, na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro.

3. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO, À UNANIMIDADE, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. ACÓRDÃO Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, por unanimidade, em CONHECER DO RECURSO, PORÉM NEGAR-LHE PROVIMENTO, tudo nos termos do voto da Desembargadora Relatora (TJ-PA, 2019) (*Grifo Nosso*).

Por fim, é importante salientar que a garantia de ensino das pessoas com TEA encontra-se previsto no art. 3º, inciso IV, alínea “a”, da Lei 12.764/2012, que versa o seguinte: “São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista: [...] IV - o acesso: a) à educação e ao ensino profissionalizante”. Dessa forma, não poderão os municípios e estados negarem-se a oferecer essa garantia prevista tanto na legislação, quanto na Constituição Federal.

3.4 Do direito ao emprego

O reconhecimento da necessidade inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho se deu através de longas discussões, no cenário nacional e internacional a respeito de tal fato. Neste sentido, pode-se dizer que a Recomendação nº 22, de 1925, da Organização Mundial do Trabalho (OIT), teve papel fundamental no ponta pé inicial para a referida discussão.

Foram diversas as recomendações expostas pela OIT no que concerne a inclusão do deficiente no mercado de trabalho, porém, uma que ficou mais evidente no ramo internacional foi a Recomendação nº 99, de 1955, a qual apresentava propostas pós guerra, postulado pela necessidade das ações afirmativas na inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no cenário global.

[...] a OIT evidencia a necessidade de medidas práticas de integração das pessoas portadoras de deficiência ao mercado

de trabalho, assegurando a todos os indivíduos com limitações, qualquer que tenha sido a origem, o direito aos meios de reabilitação profissional (FILHO, 2005, p. 499).

No âmbito nacional, é sabido que já existem diversas leis que regulamentam tal fato, onde, a priori, pode-se citar a Constituição da República de 1988, que em seu artigo 37, inciso VIII, garante que serão destinadas vagas em empregos públicos às pessoas com necessidades especiais.

Além da CF/88, a garantia de vagas destinadas as pessoas com deficiência são firmadas pela Lei nº 9.508/2018, que expõe acerca da reserva das referidas vagas na esfera pública de modo geral com destinação a estas pessoas, conforme aponta o artigo 1º da referida lei:

Art. 1º Fica assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever, no âmbito da administração pública federal direta e indireta e em igualdade de oportunidade com os demais candidatos, nas seguintes seleções:

I - em concurso público para o provimento de cargos efetivos e de empregos públicos; e

II - em processos seletivos para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, de que trata a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

§ 1º Ficam reservadas às pessoas com deficiência, no mínimo, cinco por cento das vagas oferecidas para o provimento de cargos efetivos e para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

§ 2º Ficam reservadas às pessoas com deficiência os percentuais de cargos de que trata o art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

§ 3º Na hipótese de o quantitativo a que se referem os § 1º e § 2º resultar em número fracionado, este será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente.

§ 4º A reserva do percentual de vagas a que se referem os § 1º e § 2º observará as seguintes disposições:

I - na hipótese de concurso público ou de processo seletivo regionalizado ou estruturado por especialidade, o percentual mínimo de reserva será aplicado ao total das vagas do edital, ressalvados os casos em que seja demonstrado que a aplicação regionalizada ou por especialidade não implicará em redução do número de vagas destinadas às pessoas com deficiência; e

II - o percentual mínimo de reserva será observado na hipótese de aproveitamento de vagas remanescentes e na formação de cadastro de reserva.

§ 5º As vagas reservadas às pessoas com deficiência nos termos do disposto neste artigo poderão ser ocupadas por candidatos sem deficiência na hipótese de não haver inscrição ou aprovação de candidatos com deficiência no concurso público ou no processo seletivo de que trata a Lei nº 8.745, de 1993 (*Grifo Nosso*).

No ademais, ainda é possível observar que em âmbito federal, através da Lei nº 8.112/1990, também há previsão de vagas destinadas as pessoas com deficiência, conforme expõe o artigo 5º, §2º, da referida Lei Federal:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

[...]

§2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Já no setor privado, a previsão legal para a garantia de emprego veio através da Lei nº 8.213/1991, que em seu artigo 93, a qual estabelece que as empresas do ramo privado deverão ofertar vagas destinadas as pessoas portadoras de deficiência da seguinte forma:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

Em relação as pessoas com transtorno de espectro autista, apesar de já garantida a inclusão no mercado de trabalho pelas leis supracitadas, é notado que a Lei nº 12.764/2012 trouxe em seu texto a garantia específica também, a fim de garantir em sua integralidade o direito a estas pessoas. Neste sentido, versa o art. 3º, inciso IV, alínea "c", "São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista: [...] IV - o acesso: [...] c) ao mercado de trabalho".

Assim sendo, é firme o entendimento que a pessoa com necessidades especiais, incluindo o autista, deve ter assegurado pelo Estado o direito ao trabalho digno, sem discriminação de qualquer cunho, visando incluir estes no meio social.

4. Políticas Públicas que visam a melhor aplicação do direito à educação

Conforme os apontamentos supracitados, o Estado, por meio das políticas públicas e da criação de leis específicas, assegurou diversos direitos e garantias para as pessoas com Transtorno de Espectro Autista. Porém, dessas garantias, a que se refere à educação tende a não se firmar em sua íntegra, tendo em vista a falta de implementação de infraestrutura necessária nas instituições de ensino, e o treinamento dos profissionais de educação para tratarem do caso em questão.

Não obstante a isso, ainda é observado que a sociedade, em sua maioria, ainda tende a não ter uma boa aceitação daqueles que são considerados como "diferentes" do padrão convencional, razão esta que dificulta ainda mais a implementação das garantias de ensino das pessoas especiais no ensino básico nacional.

Nesta premissa, como já abordado, é dever do Estado buscar pela a solução do referido problema, de modo que deverá fazer uma melhor aplicação das políticas públicas para incluir os autistas em instituições de ensino, com todo o aparato necessário para o desenvolvimento deste, tendo como foco a premissa da dignidade dos indivíduos.

Dessa forma, é certo que o Estado pleiteie por tais garantias às pessoas com TEA para conseguirem ter um bom desenvolvimento social, tendo em vista que o meio educacional é fundamental no ponto do crescimento psicossocial, proporcionando a estas pessoas uma abordagem diferente do mundo em que vivem.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto na presente pesquisa, percebe-se que o Estado busca de diversas maneiras assegurar os direitos e garantias das pessoas com Transtorno de Espectro Autista, enquadrando estes em sistemas igualitários de saúde, educação e carreira profissional.

Neste contexto, ficou perceptível que não basta somente o Estado criar leis que assegurem os direitos destas pessoas, também é dever da sociedade acolhê-las e garanti-las melhores condições de vida em convívio, sem que haja discriminação com estes no meio social. Assim, a sociedade e o Estado devem trabalhar em conjunto para garantir melhores garantias para as pessoas com TEA, a fim de incluí-las de forma correta no convívio social, garantindo o direito previsto no art. 1º, III, e art. 5º, *caput*, da CF/88.

Porém, é sabido que, mesmo com as propostas do Estado em garantir a inclusão social digna para estas pessoas, ainda ocorrem casos ondem sofrem determinados preconceitos por parte da sociedade, ou e até mesmo, em alguns casos, de entes da federação.

Dito isso, é notório que o Estado, como guardião das pessoas, deve intervir de melhor forma nos direitos que são relacionados a educação dos indivíduos com TEA, pois apesar de já existirem leis que regulamentem a interação destes, sua efetivação não se encontra firmada na prática. Para que haja a efetivação de tais leis, a solução óbvia é a criação de novas Políticas Públicas de interação, firmando o dever da sociedade em acolher estas pessoas como parte comum da comunidade, sem sofrerem qualquer tipo de discriminação enquanto estiverem no seu desenvolvimento estudantil.

Não obstante a isto, é necessário também que os profissionais da área da educação tenham melhor formação para tratar dos casos de pessoas com TEA, já que a maioria não tem efetivado a inclusão no meio educacional destas pessoas.

Portanto, fica demonstrado pelo levantamento de dados o quão necessário é a implementação de medidas que façam efeito na vida desta parte da sociedade, haja vista que conforme aponta o art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Sônia. **O Que É Atendimento Educacional Especializado (Aee)?** Disponível em: <<https://www.soniaranja.com.br/o-que-e-atendimento-educacional-especializado-ae/>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Ações afirmativas e inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho.** Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, n. 100, p. 499, jan./dez. 2005.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. Lei 12.764, de 27 de dezembro de 2012. **Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12764-27-dezembro-2012-774838-publicacaooriginal-138466-pl.html>>. Acesso: 11 mai. 2020.

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).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8112-11-dezembro-1990-322161-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.508, de 24 de setembro de 2018. **Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm>. Acesso em 11 mai. 2020.

BRASIL. TJPA. **AI 0806117-80.2018.8.14.0000**. Rel. EZILDA PASTANA MUTRAN, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Público, Julgado em 2019-11-11, publicado em 2019-11-12. Disponível em: <http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=AI+0806117-80.2018.8.14.0000&jp_search=1&client=consultas&proxystylesheet=consultas&site=jurisprudencia&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&aba=JP&entqr=3&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BULAU, Doris. **1939**: Programa nazista de extermínio. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/1939-programa-nazista-de-extern%C3%ADnio/a-319271>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

JESUS, Sônia Cupertino de. **Educação Especial e a inclusão escolar**. UFJF. Setembro, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, José Quadros de. **Direito Constitucional**. Curso de Direitos Fundamentais. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Arlete Aparecida Bertoldo. **Educação Especial no Brasil**: desenvolvimento histórico. Cadernos de História da Educação – n. 7. 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Educação. In: CROSARA, R.; VITAL, F. M. de P. (Coord.). **A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

SILVA, Otto Marques da. **Epopéia ignorada**. São Paulo: Editora FASTER, 2009. Disponível em: <<https://issuu.com/amaurinolascosanchesjr/docs/-a-epopeia-ignorada-oto-marques-da->>. Acesso em 08 abr. 2020.

TEIXEIRA, Gustavo. **Autismo**: quais são os sinais de alerta? *CBI of MIAMI*, 2016.