

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 634

(Ano VIII)

(14/6/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

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

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

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

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

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



14/06/2016 Jayme Walmer de Freitas
» [Estupro de vulnerável: o ideal, o real e o pragmatismo jurídico](#)

ARTIGOS

- 14/06/2016 Renato Henrique Yashima Brogio
» [Incidência da contribuição previdenciária sobre aviso prévio indenizado](#)
- 14/06/2016 Victor Achilles Ferrari Cardozo
» [Redução da maioria penal; punição e não solução](#)
- 14/06/2016 Frank Toshinobu Tanaka
» [Redução da maioria penal não é causa de diminuição da criminalidade](#)
- 14/06/2016 Rodolpho Henrique da Costa
» [A teoria da perda de uma chance pelo erro médico](#)
- 14/06/2016 Thales Ramilson Nolasco da Silva
» [A ética em diversas áreas e profissões](#)
- 14/06/2016 Edson Evangelista dos Santos
» [Ética profissional: análise do confronto entre moral e ética na prática advocatícia](#)
- 14/06/2016 Bruno Luis Alves
» [Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil](#)
- 14/06/2016 Caroline de Melo e Torres
» [Técnica de redação de ementas de pareceres jurídicos e decisões judiciais](#)
- 14/06/2016 Edson Evangelista dos Santos
» [Da Exploração Florestal: Breves comentários às disposições instituídas pela Lei nº 12.651/2012](#)

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O IDEAL, O REAL E O PRAGMATISMO JURÍDICO

JAYME WALMER DE FREITAS: Juiz criminal em Sorocaba/SP, mestre e doutorando pela PUC/SP. Professor de Direito Penal, Processo Penal e de Leis Especiais. Autor de artigos e dos livros *Prisão Temporária* e *OAB - 2ª Fase - Área Penal*, ambos pela Editora Saraiva. Coordenador da Coleção *OAB - 2ª Fase*, pela mesma Editora. Palestrante. Professor da Escola Paulista da Magistratura e de Leis Especiais da Rede LFG. Coordenador do curso de atualização e capacitação profissional da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Foi coordenador pedagógico do Curso Triumphus - preparatório para Carreiras Jurídicas e Exame de Ordem, por 14 anos.

Sumário: 1) Considerações preliminares; 2) O estupro de vulnerável. Crime hediondo; 3) A presunção de violência; 4) O dolo do agente. O erro de tipo; 5) A posição pacífica dos Tribunais Superiores; 6) Conclusão.

1) Considerações preliminares.

Tema instigante para os que militam na área criminal é o afeto aos crimes hoje etiquetados “Contra a Dignidade Sexual”. Dentro das novidades mais relevantes trazidas pelo diploma em 2009, a atinente à vítima *menor de 14 anos* no crime de estupro de vulnerável tem suscitado intensos debates no campo doutrinário e jurisprudencial.

O objetivo é pontuar e discutir casos em que a vítima nessa faixa etária consente com os atos libidinosos ou conjunção carnal ou detém alguma experiência sexual. E, no mais das vezes, quando há o consentimento e/ou experiência sexual da pessoa menor de 14 anos não há concorrência de emprego de violência ou grave ameaça por parte do agente, de sorte que fica a indagação sobre a responsabilidade penal à luz dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade.

Atente-se que a criação do tipo do estupro de vulnerável teve por fim maior pôr fim à figura da presunção de violência ou violência presumida ou ficta, extirpando-a do cenário nacional e substituindo-a por situações fáticas que se adequassem imediatamente ao tipo. A intenção foi e é digna dos maiores elogios, que ora denominamos de **ideal**, contudo, em nosso sentir, não há como aplicá-la de modo absoluto, a todo e qualquer caso do cotidiano criminal, ao que denominamos **real**, a despeito de ilustradas opiniões doutrinárias naquele sentido, atualmente abraçadas pelo STF e pelo STJ.

Do cotejo entre o **ideal** e o **real** nosso desejo é estabelecer uma ponte para que o aplicador do direito pondere sobre o caminho a perfilhar, inclusive se o **real** conduzir ao **pragmatismo**. Por **pragmatismo** não pensamos na doutrina anglo-americana somente, mas na praticidade que os juízes podem imprimir para alcançar a sua justiça ao caso *sub examine*.

O estupro de vulnerável tem sua previsão expressa no art. 217-A com a seguinte redação: *Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos e, ainda, o equiparado no § 1º: Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.*

2) O estupro de vulnerável. Crime hediondo.

Vulnerável, no aspecto etário, dentro da definição do legislador penal é o **menor de 14 e o menor de 18 anos**. Aquele constante dos arts. 217-A; 218; e 218-A e o segundo expresso nos arts. 218-B; 230, § 1º; 231, §2º, I; e 231-A, § 2º, inc. I. O menor de 14 anos recebeu a maior proteção porquanto o legislador se preocupa com a criança e com o infanto-juvenil, recém-ingresso na adolescência, ou seja, com a pessoa menos evoluída e desenvolvida no campo pessoal e sexual. Por esta dupla preocupação, fala-se que existem duas vulnerabilidades: a absoluta (menor de 14 anos) e a relativa

(menor de 18 anos). Neste sentido: Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal, vol. 4, p. 92; idem Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, p. 1105 e Julio F. Mirabete e Renato N. Fabbrini, Código Penal Interpretado, p. 1382.

Também é vulnerável aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

A vulnerabilidade veio, *dissimuladamente*, como pondera Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de Direito Penal, vol. 4, p. 97), ocupar o lugar da presunção de violência, constante do revogado art. 224 do diploma penal, que tinha o seguinte teor: *Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.*

De todo modo, entendemos por correta a exclusão da figura da presunção (**ideal**), uma vez que esta deve ser evitada no Direito Penal, mormente quando contrária aos interesses do réu. Ora, presumia-se que ele obrou com violência, ao praticar ato sexual com pessoa não maior de 14 anos ou nas demais situações previstas no tipo. Contudo, em casos limítrofes, quando a vítima claramente tem noção das coisas do sexo e consente com tais atos, que rumo seguir?

Hungria já nos ensinava que essa presunção de violência tinha natureza relativa, ou seja, admitia prova em sentido contrário (Comentários ao Código Penal, vol. VIII, p. 230), visando a não transigência com a responsabilidade objetiva. Assim, era permitida a produção de provas que o levassem à absolvição, seja porque houve o consentimento, seja porque a vítima tinha vida dissoluta ou era afeita às coisas do sexo. Extirpada a presunção do texto legal, nasceu a vulnerabilidade e procurou-se sepultar a figura da presunção. Pelo menos este foi o intuito.

Não obstante, para importante fatia da doutrina nacional, da qual citamos alguns, Bitencourt e Nucci, ladeados por Rogério Sanches Cunha (*in* Manual de Direito Penal, p. 496), Capez e Prado (Código Penal Comentado, p. 468) e Damásio E. de Jesus (Código Penal anotado, p. 787), o instituto remanesce intocado (**real**). Senão se puder falar da presunção, pelo menos, como expressa Damásio: “a realização de atos libidinosos consensuais, notadamente quando diversos da conjunção carnal, oral ou anal, envolvendo adultos e adolescentes (pessoas com doze anos completos), sempre deverá ser analisado com cautela. O fato poderá ser formalmente típico, mas poderá não se revestir de tipicidade material, por não atentar contra a dignidade sexual do menor que já saiu da infância”.

Em sentido contrário, encontramos Celso Delmanto *et alli* (Código Penal Comentado, p. 705), Julio F Mirabete e Renato N. Fabbrini (ob. cit., p. 1383) e Rogério Greco (Código Penal Comentado, pp. 654/655).

Para Julio F. Mirabete e Renato N. Fabbrini:

“diante da redação do art. 217-A, não há mais que cogitar de presunção relativa de violência, configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos, ainda quando constatado, no caso concreto, ter ele discernimento e experiência nas questões sexuais (...). É irrelevante também se o menor já foi corrompido ou exerce a prostituição, porque se tutela a dignidade sexual da pessoa independentemente de qualquer juízo moral” (ob. cit., p. 1383).

O estupro de vulnerável, consoante dispõe o art. 1º, inc. IV, da Lei 8.072/90, é crime hediondo, tanto nas formas simples (*caput* e § 1º), como nas qualificadas (§§ 3º e 4º).

3) A presunção de violência

Ao contrário do previsto no estupro em sua forma fundamental, o de vulnerável prescinde do constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, pelo fato da idade. Sempre que a vítima for menor de 14 anos, incide o tipo em apreço. Alcança toda situação em que a vítima concorda com o ato sexual, independente da motivação, i.e., seu consentimento é inválido. Trilhou o legislador pelo fato da idade como elementar do tipo, não admitindo qualquer relativização, ainda que se fundasse na presunção revogada ou no Estatuto da Criança e do Adolescente (até 12 e de 12 a 18 anos), ao empregar no tipo a expressão *menor de 14 anos* e não criança ou adolescente.

Como se sabe o estupro se dá mediante o emprego de **violência real**, pela coação física ou moral e a vítima não tem possibilidade de resistir. Na **violência ficta**, outrora prevista no ordenamento, o legislador reputava a conjunção carnal ou o ato libidinoso realizado com emprego de violência, ainda que contasse com o consentimento para a prática do ato sexual. Como a ofendida não possuía capacidade para consentir validamente ou para oferecer resistência, o crime se materializava, bastando combinarem-se os tipos do estupro (art. 213) e/ou atentado violento ao pudor (art. 214) com a presunção legal (art. 224) para se aperfeiçoar o crime. Atualmente, a conjunção carnal e os atos libidinosos integram o tipo penal do estupro (art. 213), de modo que basta o acréscimo da elementar “menor de 14 anos” para a adequação imediata ao estupro de vulnerável (art. 217-A), independentemente da modalidade de violência empreendida pelo agente. Porém, em nosso sentir, quando houver o consentimento da vítima (homem ou mulher), dúvidas surgirão sobre o reconhecimento da responsabilidade penal do imputado, impondo-se uma análise individuada, caso a caso, para formação do convencimento judicial.

Para termos uma noção da evolução da presunção de violência no Brasil, conveniente nos abeberar em Néelson Hungria, em seus Comentários ao Código Penal.

Leciona que: “Fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a Carpsovio, o Código *presume* ou *finge* a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido (...). O consentimento (no sentido natural) pode existir (e existe na maioria dos casos), embora não seja juridicamente válido. Não importa, porém, que seja válido ou inválido o consentimento, ou haja estado de *indiferença* ou de incapacidade de manifestação da vontade: desde que não se apresente uma reação ou defesa a conjurar, não há o pressuposto da violência real.” (ob. cit., p. 225). Mais adiante, acrescenta: “Quem não pode consentir, dissentiu. Se os impúberes ou dementes não podem consentir, deve entender-se que dissentiram, e, assim, o abuso sexual contra eles praticado tem caráter de violento. O raciocínio é, sem dúvida, sofisticado. O incapaz de querer é também incapaz de não querer” (ob. cit., p. 226).

No Brasil, a presunção de violência já era prevista no Código republicano de 1890, que em seu art. 272 preconizava: “Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida fôr menor de 16 anos”.

Nélson Hungria refere que na Exposição de Motivos do Código de 1940, o Ministro Francisco Campos enfatizou a necessidade de progresso em face do Código de 1890 com os seguintes argumentos: “O fundamento legal da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre, se se presta à lascívia de outrem” (ob. cit., p. 228).

Daí, o Código Penal trazer a lume a redução da idade da presunção de 16 para 14 anos, com o acréscimo de duas novidades nas alíneas *b* e *c*: “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. A evolução do mundo, entre “contínuas, profundas e radicais transformações, não se poderia, realmente, esperar que o direito penal, em matéria sexual, permanecesse numa postura de total indiferença e que continuasse a adotar conceitos (ou preconceitos?) já esgotados de significado. Teve, como é óbvio, de adotar novas posições, de passar por um processo de recomposição e de reavaliação. Antes de tudo, renunciou à tendência de ditar normas em nome da moralidade e declarou sua neutralidade em face de diversas modalidades de orientação ou opção sexual”, segundo Alberto Silva Franco e Tadeu Antonio Dix Silva (Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência, p. 1096). A mudança de mentalidade, após 50 anos, da sociedade formatou o passo natural para a redução da idade, na violência ficta.

Nada obstante, a presunção de violência sempre carregou esse componente criticável no Direito Penal: presumir contra o réu.

Por conta da evolução das teorias, do pensamento do direito, independente de seu ramo, público ou privado, após a edição da Constituição Cidadã de 1988, a presunção recebeu críticas de alguns setores da doutrina, acimada de inconstitucional ou por não ter sido recepcionada. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes defendeu a necessidade de reconstrução do tipo penal (*apud* Código Penal e sua interpretação, pp. 1094/1095).

Na esteira desses pensamentos inovadores, foi tentada, sem sucesso, a alteração do texto legal, mediante reforma da Parte Especial do Código Penal, na década de 90. Independente de ideologias, o ponto comum alinhavado pontuava ser imprescindível uma redação que protegesse as crianças, mormente após a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, o limite

de 12 anos de idade foi pautado em 1994 como razoável para se reprimir qualquer constrangimento à criança.

Na ocasião, a Primeira Subcomissão de Reforma trouxe dois novos tipos penais, a saber: “Violação sexual de menor. Art. 135. Praticar cópula vaginal ou anal com menor de doze anos de idade: Pena – reclusão, de cinco a dez anos”; e, “Abuso sexual de menor. Art. 136. Praticar com menor de doze anos de idade, ato libidinoso grave diverso da cópula vagina ou anal. Pena – reclusão, de três a seis anos”.

Como se sabe, a reforma pretendida não evoluiu...

Descuidando dessa progressão de pensamento, o legislador vem em 2009 e edita a Lei 12.015/09, optando por manter a idade de 14 anos como paradigma para construção do tipo penal do estupro de vulnerável, em substituição ao art. 224.

Tanto se mostrou desconforme à razoabilidade, que no Anteprojeto de Reforma do Código Penal entregue ao Congresso Nacional, no ano de 2012, a Comissão Redatora prevê o crime de estupro de vulnerável com a seguinte redação: “Estupro de vulnerável. Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos: Pena – prisão, de oito a doze anos”.

Curioso o proceder do legislador de 2009, mas, claramente, decidiu repudiar a vulnerabilidade absoluta aos 12 anos de idade e estendê-la até os 14 anos, contrariando a lógica e o bom senso que estiveram presentes nas alterações legislativas acima pontuadas. Ora, se antes de 1940, a redução de 16 para 14 anos foi considerada imponível, porquanto o Ministro Francisco Campos preocupava-se com a hipocrisia de uma realidade insofismável, de que os adolescentes à época (1940) detinham algum conhecimento das coisas do sexo, de modo que a redução em dois anos era mais que razoável, afigure-se o quadro atual, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente define os limites etários para diferenciar criança de adolescente. Não podemos olvidar, diferentemente do

que ocorria na primeira metade do Século XX, que a mídia, em especial a televisiva, ingressa em nossos lares levando cenas de nudez, ócio, erotismo e sensualidade em todos os horários do dia, através das novelas, reality shows e similares.

Se em 1940, a adolescência era considerada evoluída a ponto de justificar a redução da presunção de violência nos crimes sexuais para 14 anos, incompreensível nosso legislador, quase 70 anos após, optar por manter inalterado o mesmo paradigma. A quadra histórica atual mostra os recém-ingressos na adolescência comportando-se como conhecedores das coisas do sexo de forma altamente precoce; jovens de doze e treze anos namoram e se relacionam erótica e sexualmente com o consentimento dos pais e até porque a educação sexual está inserida no currículo escolar. Para nós, a manutenção da idade de 14 anos, desprezando o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela absoluto e incompreensível descompasso com a realidade. O legislador tratou e agora os tribunais pátrios lançam ao mesmo patamar o namorado e o estuprador, como poderemos conferir adiante.

Tivesse reduzido a idade para *menor de 12 anos* e as polêmicas decorrentes de crimes praticados contra os adolescentes praticamente findariam. No máximo, cingir-se-iam a casos pontuais de relevância mínima, considerado o contexto atual.

Em suma, pensamos que foi malograda a opção do legislador, haja vista ter deixado aberto a via da presunção de violência em situações específicas, como pensa boa parte de nossos doutrinadores.

Não obstante nossa argumentação, os Tribunais Superiores, leia-se: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça perfilham a tese da absoluta “intangibilidade sexual dos menores de 14 anos”, como leciona Damásio de Jesus. E pensam assim, em defesa da estabilidade jurídica e de entendimento uniforme dos tribunais pátrios, preconizando a responsabilidade objetiva para

toda e qualquer hipótese em que sobrevenha conjunção carnal ou ato libidinoso diverso dela envolvendo menores de 14 anos.

4 – O dolo do agente. O erro de tipo.

Para a configuração do crime em estudo impõe-se que o agente tenha pleno conhecimento da menoridade da vítima, i.e., homem ou mulher menor de 14 anos. A dúvida sobre a idade, enfermidade ou doença mental da vítima pode caracterizar o dolo eventual. O erro de tipo exclui o dolo, tornando o fato atípico; pode, nas circunstâncias, configurar outro crime (CP, arts. 213 e 215).

Consoante Santiago Mir Puig ao tratar do erro invencível: “El error invencible excluirá tanto el dolo como la imprudência, por lo que em principio dará lugar a la *impunidad*, pues em el Derecho positivo general sólo se prevén tipos dolosos o tipo culposos, de modo que la pura causación de um resultado lesivo sin dolo ni imprudência resulta atípica” (Derecho Penal – Parte General, p. 270).

Imperativo observar que, não raro nos dias atuais a mulher quer conquistar o homem, diferentemente de outrora. Basta ouvir e nos inteirmos de uma realidade fática e nos afastarmos um pouco das letras para compreender o que flui nas ruas: as músicas de estilo funk exortam as mulheres à prática de atitudes eróticas que a levarão à conquista do parceiro desejado. O homem passa a ser o objeto de desejo. Essas lições ouvidas por crianças e pré-adolescentes, em rádios e TV, são reais e penetram em seu imo e o resultado pode e precisa ser analisado no caso concreto.

Neste tópico, exemplos vários podem ser mencionados, tais como, de jovens vestidas de forma extravagante e provocante em “baladas”. Perfeitamente crível que ela seduza outrem do mesmo sexo ou não, dizendo-se maior de 14 anos ou silenciando a respeito, mas transmitindo a impressão de ser maior; ainda há aquelas que se utilizam de cópia de cédula de identidade falsa para ingressar em eventos, como festas *rave* ou danceterias.

Lembrando Cezar Roberto Bitencourt, nos autos da Apelação n. 0001514-26.2012.8.26.0306, cuja ementa será reproduzida, o Juiz Airton Vieira aduz sobre situações que tendem a comprometer a capacidade de real compreensão do agente:

"Logicamente, não se pode desprezar a possibilidade, bastante frequente, da ocorrência de erro de tipo em relação à idade do menor, sendo, ademais, impossível determinar-se ao 'consumidor' que, antes de qualquer ato de libidinagem, exija a apresentação de documentos, os quais, ainda assim, podem não ser verdadeiros. Nesse meio, por outro lado, é comum que menores tenham aparência envelhecida além de sua idade real, decorrente de insônia (noites mal dormidas), ingestão excessiva de álcool, enfim, os maus-tratos que a vida devassa lhes oferece contribuem para aparência de 'amadurecimento' (entenda-se envelhecimento) precoce. Esses aspectos, suficientemente idôneos para levar ao erro, afastam a tipificação do crime, por ausência de dolo." (Tratado de Direito Penal, Parte Especial, 4 Volume, 5ª edição atualizada, Editora Saraiva, 2011).

Vejamos algumas decisões locais e de tribunais superiores que reconheceram o erro de tipo pelo fato da idade:

Apelação. Estupro de vulnerável. Recurso defensivo. Absolvição pretendida. Procedência. Réu que negou ter conhecimento da idade da menor. Relação sexual consentida entre a vítima e o acusado. Testemunhas dando conta de que a ofendida aparentava ter mais idade do que realmente tinha. Inexistência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Violência presumida que não tem caráter absoluto, devendo ser analisada com acuidade caso a

caso. Precedentes. C. STJ. Absolvição de rigor. Sentença reformada. Recurso provido. (TJ-SP – APL: 21683320078260453 SP 002168-33.2007.8.26.0453, Relator: Salles Abreu, Data de Julgamento: 07/08/2012, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/08/2012).

APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE TIPO CONFIGURADO COM RELAÇÃO À PRÁTICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE QUE CEDE ESPAÇO ANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PROVIMENTO DO RECURSO DA DEFESA. 1. Insuficiência de provas quanto ao crime de estupro de vulnerável. A prova oral judicial não foi apta a confirmar, categoricamente, que o réu tinha conhecimento que a vítima era menor de 14 (catorze) anos. A presunção desta última, segundo o entendimento jurisprudencial majoritário, é absoluta, nada obstante entenda que tal presunção deva ser relativizada em situações excepcionais, devendo ser analisada, pormenorizadamente, em cada caso concreto. Existência de prova, nos autos, de que a vítima mentiu sobre a sua idade para o réu, com o escopo de manter relações sexuais, de natureza consensual, nada obstante menores de 14 (catorze) anos não possam livremente consentir, tudo a levar a crer que ele não tinha condições de pressupor que se tratava de uma menor de 14 (catorze) anos. Erro de tipo caracterizado, razão pela qual a sua absolvição, por ausência de dolo, é medida que se impõe. Precedentes da

Doutrina e da Jurisprudência. 2. Provimento do recurso defensivo. (TJ-SP nº 0001514-26.2012.8.26.0306, Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 20/08/2015, 1ª Câmara Criminal Extraordinária).

STJ: “I – Na denominada violência ficta, em verdade, a proibição contida na norma é a de que não se pratique conjunção carnal ou outro ato libidinoso, conforme o caso, com pessoas que se encontram nas situações previstas no art. 224 do Código Penal. O *error aetatis*, na hipótese da presunção inculpada na alínea a, afetando o dolo do tipo, é relevante (art. 20, *caput*, do Código Penal) e afasta a adequação típica (precedentes) (...)”. (RSTJ 159/570).

STJ: “*Habeas Corpus*– Penal – Relações sexuais com menor de 14 anos de idade – Violência ficta – Erro de tipo. Inexiste empeco legal à aplicação do *error aetatis* em relação à presunção de violência, se caracterizado em concreto, por sua relevância, tendo presente o disposto no art. 2º, *caput*, do Código Penal. O *error aetatis*, afetando o dolo do tipo, é sobranceiro, ‘afastando a adequação típica e prejudicando, assim, a *quaestio* acerca da natureza da presunção’. Ordem concedida para absolver o acusado” (RSTJ 126/361).

Não se pode conceber o magistrado um ser frio, unicamente afeito à letra da lei, sem ponderar para o caso concreto e se atrelar a precedentes, sem avaliar o contexto do que lhe foi trazido. Guilherme de Souza Nucci orienta que: “Muitas pessoas, embora menores de 14 anos, podem aparentar a terceiros já ter atingido a referida idade. Há as que possuem um corpo físico avantajado ou se maquam em excesso; outras, pelas suas atitudes (ex.: prostituição de longa data), parecem ter mais idade do que

realmente têm; enfim, a confusão com o elemento do tipo *menor de 14 anos* pode eliminar o dolo” (Código Penal Comentado, p. 1107). A título de ilustração, no voto prolatado nos autos do HC 109.206/RS, em 16.11.2011, o Ministro Luiz Fux acenou que “a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos que afirmara ter”.

Lecionam Jescheck e Weigend:

“Existe error de tipo cuando el autor no conoce uno de los elementos a los que el dolo debe extenderse según el tipo que corresponda. La consecuencia verdaderamente obvia de un error de esta naturaleza la expresa el § 16: el autor actúa sin dolo. La disposición es aplicable analógicamente a circunstancias que, aunque em realidad no pertenecen al tipo, deben ser abarcadas por el dolo como por ejemplo sucede com las circunstancias que agravan la pena en el marco de la determinación de ésta (...). Internamente el error de tipo puede consistir tanto em *umarepresentación falsa* como también em *la falta de representación*, pues muy genericamente el error significa la no coincidência entre la consciencia y la realidad.” (Tratado de Derecho Penal, Parte General, pp. 328-329).

5 – A posição pacífica adotada nos Tribunais Superiores.

Por todos os decisórios emanados do Superior Tribunal de Justiça, elegemos um do ministro Sebastião Reis Júnior, exarado nos autos do Recurso Especial 1.371.163, do Distrito Federal, em 25/06/2013. Neste, o Magistrado bem elucidou que as eventuais divergências iniciais existentes naquele sodalício, quanto à manutenção do instituto da presunção de violência ter caráter

relativo, restaram superadas. Pondera que, atualmente, o entendimento uniforme é no sentido de que a presunção tem caráter absoluto. Como é cediço, após o Supremo Tribunal Federal pôr uma pá de cal sobre o assunto, restava ao Superior Tribunal se afinar com a Corte Suprema de nosso país, abandonando posições pessoais divergentes, em favor da unidade de pensamento.

Vejamos a ementa do acórdão em estudo, para em seguida mostrarmos as considerações lançadas pelo magistrado quanto à justificativa da necessidade de unificação da jurisprudência superior:

In verbis:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes.

3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou *in casu*.

4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão *a quo*, com o restabelecimento do decism condenatório de primeiro grau, nos termos do voto. (STJ – RE 1.371.163/DF, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 25/06/2013, T6 - SEXTA TURMA).

O caso submetido ao STJ consistiu no namoro entre JFJ, um homem de 30 anos e AAF, uma recém-adolescente de 12 anos, na cidade de Samambaia, no Distrito Federal. Aquele pediu a mão de AAF em namoro à mãe, e esta lhe negou, justamente por conta da idade da filha.

A menina fugiu de casa e foi acolhida em casa de amigos de JFJ. No período de 06 de janeiro de 2010 a 03 de fevereiro de 2010, no interior da casa dos amigos, JFJ manteve conjunção carnal, por pelo menos 04 vezes, com AAF.

Sobreveio condenação em primeiro grau, a uma pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) em continuidade delitiva.

Nada obstante, o Tribunal distrital, por unanimidade, absolveu o recorrido, cuja ementa tem o seguinte teor:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECURSO DO RÉU. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DA VÍTIMA. FATO CONJUNTO PROBATÓRIO. ATOS. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE QUE DEMONSTROU TER CONSENTIDO NA CONSOMAÇÃO DO ATO SEXUAL NUM CONTEXTO DE RELACIONAMENTO AFETIVO. CONSENTIMENTO VÁLIDO. FATO QUE NAO CONSTITUI INFRAÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se mostra essencial a juntada da certidão de nascimento da suposta vítima menor de 14 (catorze) anos para configuração do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, quando todos os elementos probatórios atestam tal fato.

2. Não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo.

3. Recurso provido.

No acórdão em que cassa o acórdão supra, o Ministro tece ampla e profunda discussão sobre a busca de um entendimento comum entre as Cortes Maiores da Nação. Citando colega da Corte que, igualmente clama por esta unidade:

“Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que

ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte, Melhor será extingui-la” (AgRg nos EREsp n. 228.432, DJ 18/3/2002, Ministro Humberto Gomes de Barros).

Mais, mencionando voto seu anterior, nos autos do EREsp n. 1.021.634, justificara a necessidade de unificação dos entendimentos entre as maiores Cortes, com os seguintes argumentos:

(...)

A questão em apreço é por demais conhecida: discute-se, como bem definiu a eminente Relatora, se a violência presumida referida no art. 224 do Código Penal deve ou não ser relativizada quando a vítima for menor de 14 anos. A Ministra Maria Thereza concluiu que a violência presumida deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto. Pediu vista o Ministro Gilson Dipp, que, após cuidadoso levantamento da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, concluiu que a presunção de violência é absoluta. Não teria dúvidas em aderir aos votos da eminente Relatora e do Ministro Og Fernandes no sentido de que a violência presumida deve ser relativizada de acordo com a situação concreta dos autos. Porém preocupou-me e muito, sendo o motivo pelo qual pedi vista, a farta, reiterada e atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em tela relacionada pelo Ministro Gilson Dipp. E preocupou-me porque não acho razoável que uma jurisprudência consolidada e contemporânea da Suprema Corte venha a ser desrespeitada por

Tribunal, seja ele federal, estadual ou nacional. Não tem sentido o Superior Tribunal de Justiça mostrar ressalvas, em diversas oportunidades, ao descumprimento pelos tribunais inferiores da interpretação por ele fixada dentro de sua competência constitucional e desrespeitar entendimento uniforme e reiterado daquele que tem o poder, inclusive, de reformar nossas decisões. Entendo que, no momento por que passamos, é essencial que o Judiciário transmita ao jurisdicionado confiança e é indiscutível que, como já disse Marcelo Alves Dias de Souza (Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante , Ed. Juruá, 2006, pág. 299), "a obediência aos precedentes judiciais é um fator – não o único, é óbvio – que pode ajudar na estabilidade de nosso sistema jurídico. Além de dar aos cidadãos um sentido de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas". Ao analisar a questão da segurança jurídica quanto à necessidade de o Judiciário transmitir para o jurisdicionado um pensamento coerente, estável, uniforme, o Prof. Marcelo Alves Dias de Souza nos apresenta lição altamente esclarecedora de Ehrlich (grifo nosso):

A norma de decisão contém a proposição geral em que se baseia a decisão e, desse modo, estabelece a pretensão de que é uma verdade válida, não apenas para o caso específico, mas também para todo caso igual ou parecido [...] Essa é a lei da estabilidade das normas legais, que é de tão imensa importância para a criação do direito. Ela baseia-se, em primeiro lugar, na psicologia social. Dar decisões

contrárias em casos iguais ou parecidos não seria direito, mas sim arbitrariedade e capricho. Também se baseia numa certa saudável qualidade econômica de pensamento. O gasto de trabalho intelectual que, sem dúvida, está sempre envolvido na procura de normas de decisões, muitas vezes pode ser evitado dando-se uma decisão segundo uma norma que já foi encontrada. Além disso, há uma grande necessidade social de normas estáveis, o que torna possível, em certa medida, prever e prever as decisões e, desse modo, colocar um homem em condições de tomar as providências necessárias de acordo com isso. A lei da estabilidade das normas jurídicas de decisão funciona, sobretudo, no tempo. O Tribunal não irá, sem uma boa causa, afastar-se de uma norma que aplicou na decisão de um caso enquanto a norma for lembrada, e, com frequência são tomadas medidas especiais para impedir que sejam esquecidas. Mas também funciona no espaço: pois as normas para decisão que foram encontradas por um tribunal serão prontamente aplicadas por outros tribunais que existem na mesma esfera de influência, se não por outra razão, a fim de evitar o provável trabalho de encontrar normas [...]

Na mesma linha interpretativa de estabilidade das decisões por parte dos Tribunais, recorda voto da lavra do Ministro Luiz Fux, quando indeferiu liminar nos autos do HC n. 109.206, em 08/08/2011, nos seguintes termos:

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a violência em relação à vítima não maior de 14 (quatorze) anos, de que trata o artigo 224, “a” do Código Penal, na redação anterior à Lei n. 12.015/2009, é

absoluta, consoante se vê dos seguintes julgados [...] O precedente invocado nas razões da impetração (HC 73.662), prestigiando a tese da relatividade da presunção de violência, consubstanciou caso isolado nesta Corte, restando, conforme afirmado no HC 81.268, acima citado, suplantado por sucessivos julgamentos de ambas as Turmas deste Tribunal em sentido contrário.

E fecha o raciocínio, pontuando pela cassação do acórdão com o restabelecimento do *decisum* condenatório de primeiro grau:

“O fato é que a condição objetiva prevista no art. 217-A se encontra presente e, portanto, ocorreu o crime imputado ao recorrido. Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou *in casu* (...) para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217-A do Código Penal”.

No mesmo sentido do texto, o Desembargador aposentado Walter de Almeida Guilherme, então Ministro convocado junto ao TJ/SP teceu importante lavra sobre o tema da unidade, nos autos do Recurso Especial n. 1.366.189/AC, em 26/11/2014, como se vê a seguir:

(...). Quanto ao recurso especial, verifico que a insurgência merece prosperar.

Com efeito, a celeuma em torno do tema é antiga, já tendo a matéria sido discutida nesta Corte Superior por diversas vezes. Aqueles que defendem a relativização da presunção de

violência levam em consideração as mudanças ocorridas na sociedade desde a edição do Código Penal. Já os que têm entendimento contrário sustentam ser indispensável a proteção dos menores de 14 (quatorze) anos, haja vista se tratarem de indivíduos ainda em desenvolvimento.

A Terceira Seção manifestou-se novamente, por meio de embargos de divergência julgados recentemente, no sentido de que se mostra indiferente a condição da vítima para caracterização da violência presumida, a qual se constitui com a mera constatação da idade da vítima à época dos fatos. De fato, a lei reconheceu, de forma objetiva, que pessoas menores de 14 (quatorze) anos não seriam suficientemente desenvolvidas para decidir sobre seus atos sexuais.

E finaliza enfatizando a uniformidade reinante no Supremo Tribunal Federal, com base em decisão da lavra da Ministra Laurita Vaz, em embargos de divergência sobre o tema em comento, *in verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a

liberdade sexual do menor de catorze anos, infringindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual. 2. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima. 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento "quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida." (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX,

Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. C ARMEN L UCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001. 4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativiza o da presun o de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apela o da Defesa sejam devidamente apreciadas.(EREsp 1152864/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SE O, julgado em 26/02/2014, DJe 01/04/2014).

6) Conclusão.

A posi o pacífica dos Tribunais Superiores no sentido de que a condi o objetiva prevista no art. 217-A uma vez ocorrida impõe a condena o do agente, em nosso sentir, conquanto seja o **ideal**, não   a melhor soluço para o problema da presun o de violência que se arrasta há mais de um século em nosso país. Basta, pois, que o agente tenha conhecimento de que a vítima   menor de 14 anos e decida com ela manter conjun o carnal ou qualquer outro ato libidinoso, para a adequa o típica ser reconhecida. O consentimento ou a experiência sexual pretérita são indiferentes, em especial porque o consentimento   inválido e de valor algum o conhecimento das coisas do sexo.

Assume-se uma postura contrária ao bom senso, ao razoável, ao **real**, e se pune quem for, bastando ter incidido nas elementares do dispositivo, sem se avaliar o fato e as circunstâncias. Em outras palavras, ainda que estejam casados e com filho da rela o espúria, haverá de sobrevir condena o. Mesmo que a união tenha sido abençoada pelos pais, a condena o   irrefragável.

Vimos que em 1940, operou-se a redução da idade da presunção de violência de 16 para 14 anos. Quase 70 anos após, com o Estatuto da Criança e do Adolescente definindo os parâmetros entre criança (até 12 anos) e adolescente (acima de 12 anos e até 18), além de uma tentativa de alteração da Parte Especial do Código Penal, o legislador permaneceu alheio, de sorte que não se pode negar que à luz do mundo globalizado em que vivemos, os jovens possuem, sim, condições de anuir com atos sexuais. Ora, se o **ideal** é a sintonia entre todos os organismos do Poder Judiciário através de decisões uniformes, objetivas, distantes de paixões e de convicções pessoais, ao estilo de precedentes incorruptíveis e vinculantes, com o constante aperfeiçoamento da estabilidade, à evidência esta postura compromete uma avaliação **real** e situacional, mais acurada das circunstâncias que permearam o fato, da motivação que resultou no ato libidinoso ou na conjunção carnal sem violência.

Por conta desta análise, conquanto o **ideal** fosse o melhor na esteira do entendimento jurisprudencial, preferimos o **real**, com ênfase no fato, na *voluntas*, nas circunstâncias que conduziram o agente à prática do ato. Daí, pensamos que o pragmatismo judicial (ativismo) há de ser adotado nos casos em tela. Não só o pragmatismo defendido teoricamente na doutrina americana, mas o pragmatismo literal do magistrado que busca a justiça no caso concreto. Se o **pragmatismo** é uma teoria sobre a atividade judicial, onde pensar o direito sob a ótica pragmatista implica em compreendê-lo em termos comportamentais, isto é, o direito passa a ser definido pela atividade realizada pelos juízes; ser pragmático, no aspecto jurídico-humanitário, implica em promover considerações de ordem prática, ponderar o bom senso, ser realista e objetivo.

Não é difícil concluir que a idade de 12 anos pode e deve ser o marco definitivo para se estabelecer a vulnerabilidade, contudo até que se chegue a tanto, o melhor caminho é trilhar pela atipicidade do fato quando o ofendido consentir ou souber das

coisas de cunho sexual e tiver de 12 até 14 anos (+ de 12 e – de 14 anos).

Já disse Guilherme de Souza Nucci:

“o legislador, na área penal, continua retrogrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da defini o de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade impar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente (...). Logo a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se trará de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável”. (Manual de Direito Penal, pp. 870/871).

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, vol. 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a f  pública, 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando; PRADO Stela. Código Penal Comentado. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora *Jus Podium*, 2013.

DELMANTO, Celso et alli. Código Penal Comentado. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, Alberto Silva e SILVA, Tadeu Antonio Dix. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência/coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco. – 8 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal, volume VIII. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed: Comares editorial, Granada, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Código Penal Interpretado. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Manual de Direito Penal. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PUIG, Santiago Mir. Derecho Penal – Parte General. 8 ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda, 2008.



www.conteudojuridico.com.br

INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AVISO PRÉVIO INDENIZADO

RENATO HENRIQUE YASHIMA BROGIO: Graduado em Ciências Contábeis pela Fundação Educacional de Fernandópolis (FEF); Acadêmico do 9º semestre de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco (UNICASTELO) - Campus de Fernandópolis -SP.

Professor orientador:

RODRIGO FRESCHI BERTOLO [\[1\]](#)

RESUMO: Este trabalho busca definir a exigibilidade ou não da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado. Reforça a natureza indenizatória do aviso prévio indenizado por se tratar de um ressarcimento do prejuízo causado pelo empregador ao empregado que rescindi seu contrato de trabalho sem justa causa e sem prévio aviso. Mesmo não previsto no rol do artigo 28, § 9º da Lei 8.212/91, que traz as verbas que não incidem a contribuição, defende-se a sua inexigibilidade, por tratar-se de verba de natureza indenizatória.

Palavras-chave: Previdência Social. Aviso Prévio Indenizado. Contribuições Previdenciárias. Verba de Natureza Indenizatória.

ABSTRACT: This work seeks to define the payment or not of social security contributions on notice indemnified. Reinforces the compensatory nature of the notice compensated for it is a compensation for the damage caused by the employer to the employee to terminate his employment contract without cause and without notice. Even if not in the list of Article 28, § 9 of Law 8,212 / 91, which brings the funds that do not affect the contribution, defends to its enforceability, because it is the nature of indemnity funds .

Keywords: Social Security. Notice indemnified. Social Security. Contributions. Verba Nature Indemnity.

INTRODUÇÃO

O trabalho abordará os pontos de vista em torno da cobrança de contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado.

Serão abordadas as contribuições previdenciárias que se destinam a custear o programa da previdência social cuja finalidade é proteger e amparar os segurados e dependentes, quando necessário. Trará de forma resumida, alguns pontos do direito previdenciário, o que irá levar à compreensão dos questionamentos trazidos, na sequência, a respeito das verbas que devem ou não ser incluídas na base de cálculo para a contribuição previdenciária.

Após, será feito um breve estudo em relação ao aviso prévio, bem como a discussão quanto sua natureza jurídica, se salarial ou indenizatória, para entender se é verba que incide a contribuição previdenciária.

Por fim, traz o real motivo deste trabalho que é agregar todos os argumentos em prol da incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado e todos os argumentos contra a ideia de que o aviso prévio indenizado deve estar incluído como salário de contribuição.

1 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

1.1 Conceito

Para IBRAHIM (2009, p.5) a Seguridade Social pode ser definida como medida protetiva, composta pelo Estado e particulares, mediante contribuição de todos, inclusive o próprio beneficiário, que visa estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores e seus dependentes, garantindo a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.

A Seguridade Social é uma ação adotada pelo Governo com a finalidade de recolher recursos incidentes sobre contribuições pagas pelos contribuintes, a fim de garantir que cada cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de sua vida.

Divide-se a Seguridade Social em saúde, assistência social e Previdência Social.

Os recursos destinados à área da saúde são custeados por toda a população tendo em vista a recuperação e prevenção dos necessitados por doenças e outros agravos.

Segundo TSUTIYA (2008, p.25), “trata-se de direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”.

Ocorre o mesmo com a assistência social, em que a responsabilidade é de toda a sociedade. A assistência é a forma de solidariedade, não dependente de contribuição por parte do necessitado, prestada àqueles que estão no máximo da exclusão social para atender suas necessidades vitais, ou seja, os hipossuficientes.

Já a Previdência Social, se difere dos demais, pois ela é condicionada pelo pagamento prévio pelo assistido, ou seja, tem caráter contributivo. Busca reunir recursos para atender às necessidades futuras do segurado ou seus dependentes.

Dessa forma, percebe-se que o direito a gozá-la será através do exercício de uma atividade profissional e assalariada, ou seja, para obter o direito de receber prestações da Previdência Social, deve-se realizar um trabalho.

1.2 Segurado/Contribuinte

A ideia de segurado vem do contrato de seguro do Direito Civil onde se contrata os serviços de uma seguradora para que fique coberto contra certos riscos.

Neste caso, o segurado só pode ser pessoa natural. É o principal contribuinte do sistema previdenciário em função do vínculo jurídico que possui com a seguridade social, tendo em vista que devem verter contribuições para o fundo.

Existem algumas situações em que a contraprestação não lhe é exigido uma carência de quantidade mínima de contribuições pagas para que goze dos benefícios e serviços da Previdência Social.

Como dependem de contribuição, são classificados como segurados obrigatórios, pois a lei exige a participação no custeio da seguridade social, para que em contrapartida, conceda-lhe os benefícios e serviços.

Os segurados obrigatórios são divididos em: empregado, doméstico, contribuinte individual, avulso e especial.

O empregado que vem de uma relação trabalhista, é necessário exercer uma atividade remunerada e lícita, de natureza urbana ou rural, prestando serviços de caráter não eventual e pessoal a empregador e sob sua dependência e subordinação.

Entende NASCIMENTO (2008, p.646) que, “empregado é a pessoa física que com animo de empregado trabalha subordinadamente e de modo não eventual, para outrem, de quem recebe salário”.

O doméstico é aquele que presta serviços no âmbito residencial de uma pessoa ou família, desde que sem fins lucrativos.

O contribuinte individual é aquele que exerce atividade econômica remunerada e não possui relação de emprego.

O avulso é aquele que por intermediação de um sindicato de sua categoria profissional ou um órgão gestor de mão de obra, exerce atividade de natureza rural ou urbana as duas ou mais empresas.

O especial é o produtor, meeiro, parceiro, arrendatário, comodatário e pescador artesanal que exerce atividade individualmente ou em regime de economia familiar.

Porém, mesmo sem estar em nenhuma situação como obrigatória e não exercendo uma atividade remunerada, a Constituição Federal criou o contribuinte facultativo, que é aquele que deseja contribuir à Previdência Social, desde que maior de quatorze anos e não esteja vinculado a um outro regime previdenciário. Desfrutam deste privilegio constitucional, a dona de casa, o estagiário, dentre outros.

1.3 Beneficiários

O caráter protetivo da Seguridade Social se resume justamente ao amparo que as pessoas recebem quando surgem ocasiões em suas vidas que as impossibilitam de serem auto suficientes e de passarem por determinadas necessidades sozinhas. Dessa forma, ocorrendo o evento, o segurado faz jus à proteção fornecida pela Seguridade Social.

A proteção da Previdência Social não se restringe somente ao segurado, mas também aos dependentes.

Neste sentido, VIEIRA (2003 p.315) entende que “as pessoas cobertas pelo RGPS são denominadas beneficiárias, sendo classificadas como segurados e dependentes”.

Será considerado dependente aquele que, em relação ao segurado do INSS se enquadre como dependente econômico ou condição familiar, que são critérios básicos para a dependência.

A Lei n. 8.213/91, no art. 16, elenca o rol de dependentes:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

1.4 Fato gerador

A contribuição previdenciária se inicia pelo fato gerador. Primeiramente, tem-se o nascimento da obrigação principal previdenciária, que tem por objeto o pagamento da contribuição previdenciária ou penalidade. O fato gerador, então, é a situação, legalmente definida, necessária e suficiente à ocorrência da obrigação previdenciária principal. Desta forma, a contribuição é devida havendo a efetiva prestação de serviços, através de um vínculo empregatício, de natureza autônoma, empresarial ou doméstica.

Ocorrido o fato gerador, surge a necessidade de se identificar o valor sobre o qual irá incidir a alíquota para pagamento da contribuição previdenciária: a base de cálculo. Esse valor, no direito previdenciário, denomina-se salário de contribuição.

1.5 Parcelas incidentes da contribuição

Importante traçar uma definição a respeito das diferenças entre as verbas de naturezas salariais e indenizatórias.

As verbas de natureza salarial devem ser pagas em troca do serviço prestado pelo empregado em prol do empregador. No entanto, não se resume apenas à retribuição ao trabalho efetivamente prestado, mas também pelo tempo dispendido pelo empregado à disposição do empregador.

Dessa maneira há diversas exceções à regra para que não fiquem excluídas verbas tais como o décimo terceiro salário e o salário dos dias de repouso.

Também é necessária a existência de um contrato de trabalho. Só se pode falar em salário se a prestação pecuniária ocorrer da existência de um contrato de trabalho. Assim sendo, o contrato de trabalho firmado entre o empregado e o empregador é *conditio sine qua non* para que se configure o caráter salarial da verba. Vale ressaltar que o salário tem por finalidade remunerar o serviço prestado, aumentando o patrimônio do empregado, habitualmente.

Por sua vez, a verba de caráter indenizatório se distingue da verba salarial na causa e no fato gerador. De acordo com o art. 113 do Código Tributário Nacional de 1966, quando surge uma obrigação de pagar um determinado tributo, a esta tem que haver um fato gerador respectivo. Enquanto que o fato gerador da remuneração consiste na realização de despesa com salários, provenientes de uma relação de trabalho, já a indenização tem como escopo ressarcir um dano ou compensar um prejuízo a um bem jurídico ou a um patrimônio do empregado, portanto, não integram o salário. O dano é o fato gerador da indenização que, quando paga, cessa a obrigação de pagar prestação indenizatória.

Ainda que haja previsão constitucional das contribuições sociais de natureza previdenciária, por demasiadas vezes os empregados contribuintes são equivocadamente cobrados, o que gera enriquecimento ilícito para a União.

Ocorre que nem todas as verbas recebidas pelos empregados sofrem incidência de contribuição social.

O inciso V, do § 9º do art. 214 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048 de 1999, listava, em suas alíneas de “a” a “m”, as verbas sobre as quais não incidiam as contribuições previdenciárias.

O mesmo dispositivo considerado taxativo por uns e exemplificativo por outros, em sua alínea “f”, antes de ser revogada pelo Decreto n. 6.727 de 2009, indicava o aviso prévio indenizado como verba sobre a qual não se incidia a contribuição previdenciária. No entanto, após sua revogação, surgiram inúmeras controvérsias a respeito da natureza do aviso prévio indenizado e sua consequente submissão à cobrança da contribuição em questão ou não.

Após revogação de tal dispositivo, no entendimento de alguns, o aviso prévio indenizado tenha passado a integrar o salário de contribuição, mesmo não sendo inserido expressamente entre as parcelas trabalhistas que integram o salário de contribuição. Por outro lado, a circunstância de não constar expressamente no § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91 e ausente também no §9º do artigo 214 do Regulamento da Previdência Social, não pode ser considerada como intenção do legislador de inseri-la no salário de contribuição.

2 AVISO PRÉVIO INDENIZADO

O estudo sobre o aviso prévio é de suma importância para se chegar a uma conclusão em relação ao questionamento da incidência ou não da contribuição previdenciária.

Seu significado etiológico traz “aviso – Ação ou efeito de avisar, notícia, novidade, recado; e prévio – adj. Que precisa ser feito ou analisado com antecipação; Aviso Prévio. Comunicação feita pelo empregador ao funcionário, ou vice-versa, que avisa, em determinado prazo, a rescisão do contrato de trabalho; o valor que

se paga ao empregado, quando há rescisão de seu contrato antecipado.”(DICIONARIO ONLINE).

2.1 Conceito

O aviso prévio está relacionado como uma das garantias constitucionais previstas no artigo 7º, Inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

Define MARTINS (2015, p. 446) que o aviso prévio como a comunicação que uma parte do contrato de trabalho de fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva.

Há duas modalidades de aviso prévio: o aviso prévio trabalhado e o aviso prévio indenizado.

O primeiro aviso é aquele em que uma parte comunica a outra da sua intenção de rescindir o contrato de trabalho, mas que ainda prestará serviço por algum tempo, de acordo com a Lei 12.506 de 2011.

Já o segundo, o aviso prévio indenizado é aquele em que ao rescindir o contrato de trabalho, não se presta o serviço pelo período estabelecido para aviso prévio, assim, o empregador deverá indenizar ao empregado, o valor correspondente ao período em que se não prestou o serviço.

Ainda explica MARTINS:

“Tem o aviso prévio tríplice natureza ou é tridimensional. A primeira é de comunicar à outra parte do contrato de trabalho que não há mais interesse na continuação do pacto. Num segundo plano, o aviso prévio também pode ser analisado como período mínimo que a lei determina para que seja avisada a parte contrária de que vai ser rescindido o contrato de

trabalho, de modo que o empregador possa conseguir novo empregado para a função ou o empregado possa procurar novo emprego. Em terceiro lugar, diz respeito ao pagamento que vai ser efetuado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviço durante o contrato de trabalho, ou à indenização substitutiva pelo não cumprimento do aviso prévio por qualquer das partes”. (2015, p. 446).

Afirma-se que é a indenização em que o empregado tem direito quando ocorre o término do contrato de trabalho sem que ele tenha sido previamente avisado, para que não o deixe desamparado.

O artigo 487, § 1º da CLT diz:

“A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço”.

Segundo ROMAR (2013, p. 449), a dispensa sem justa causa dá ao empregado o direito ao aviso prévio, ou seja, o empregador deve avisá-lo da ruptura contratual com antecedência cabível em razão do tempo de serviço que o empregado tenha.

De outro lado, o empregado também deverá avisar, de forma prévia, o empregador, para que este consiga um novo empregado para o substituir.

Conforme BARROS (2005, p. 899):

“A finalidade do aviso prévio é impedir que as partes sejam pegadas de surpresa com a ruptura brusca do contrato indeterminado. O período a ele alusivo propicia ao empregado pré-avisado a procura de um novo emprego e ao

empregador pré-avisado a substituição do empregado que pretende se desligar”.

Conforme previsão constitucional, a duração do aviso prévio deverá ser proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 (trinta) dias.

A lei 12.506 de 2011 traz:

Art. 1º O aviso prévio, de que trata o [Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943](#), será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

O principal objetivo do aviso prévio é de evitar surpresas ao empregado, dando-lhe tempo para que procure um novo emprego e que permite ao empregador, a possibilidade de substituir o empregado.

Como regra, o aviso prévio, só é cabível em situações de ruptura do contrato de trabalho de prazo indeterminado, e sem justa causa, pois, havendo prazo estipulado para a cessação do contrato de trabalho, já existe a perspectiva do termino do contrato laboral por ambas as partes.

Assim entende MARTINS:

“Havendo prazo estipulado para a cessação do contrato de trabalho, não haveria que se falar em aviso prévio, pois as partes já sabem de antemão quando é que vai terminar o pacto

laboral. É possível afirmar, portanto, que não cabe aviso prévio nos contratos de prazo determinado, inclusive os de experiência”. (2015, p. 447 e 449).

2.2 Natureza Salarial ou Indenizatória

Como já mencionado anteriormente, há divergências quanto à natureza do aviso prévio indenizado, diferentemente do aviso prévio trabalhado, sendo este pago pelo trabalho prestado, portanto, possuir caráter salarial.

Alguns doutrinadores entendem que o aviso prévio indenizado, se trata de verba de natureza salarial, pois o valor deste é proporcional ao prejuízo causado pelo empregador ou porque este substitui o aviso prévio como se trabalhado fosse.

O artigo 214, inciso I do Decreto 3.048/99 dispõe sobre o que se entende por salário de contribuição para o empregado:

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e o trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, (...);

O aviso prévio indenizado integrava o rol das verbas que não incidiam a contribuição conforme alínea “f”, inciso V, do § 9º, artigo 214 do Decreto 3.048/99, até este dispositivo ser revogado pelo

Decreto 6.727/09, dando a entender, para alguns doutrinadores, que a partir de então, integraria como salário de contribuição e conseqüentemente como base para incidência da contribuição.

Para aqueles que defendem a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, se baseiam que as verbas que não incidem a contribuição estão elencadas no § 9º do artigo 28 da Lei 8.212/91 e que não constando no referido dispositivo, se considera como base para a contribuição, independente da natureza.

Segundo PINTO (1995, p.267), as indenizações devidas pelo empregador ao empregado, também se considera como uma espécie de verba paga em troca dos serviços prestados, pois conceitua a indenização como:

“Consistentes no conjunto de pagamentos acrescidos ao salário pela obrigação de ressarcimento ao empregado de danos sofridos ou riscos de danos a que se expõe na prestação de serviço em condições pessoalmente desfavoráveis, ou ainda de despesas realizadas para a prestação do trabalho”.

Após a revogação da alínea “f”, inciso V, do § 9º do artigo 214 do Decreto 3.048/99 e não citado no rol do § 9º do artigo 28 da Lei 8.212/91, não existe vedação legal para se exigir a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

O artigo 487 da CLT, traz o prazo em que uma parte deverá avisar a outra quanto a vontade de rescindir o contrato de trabalho, ou seja, do aviso prévio e em seu § 1º diz: “ A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.”, assim, entendem os defensores desta corrente que a real intenção dos legisladores eram de integra-lo como salário de contribuição.

Recorremos à CASSAR (2011, p. 824) quanto à busca da natureza jurídica do aviso prévio indenizado:

“A natureza jurídica do aviso prévio “indenizado” deveria ser “indenizatória” por questões óbvias. Todavia, a lei entendeu de forma diversa, pois determinou o pagamento do “salário” durante o período e a integração deste computo do tempo de serviço, portanto, quando não for trabalhado, considera-se interrompido o contrato até o termo final do aviso prévio”.

Reforçando a ideia de que o aviso prévio constitui tempo de serviço para todos os efeitos legais, é de que a própria rescisão do contrato de trabalho só ocorre, de fato, após o final do aviso prévio, sendo ele trabalhado ou indenizado. Assim, mesmo com a homologação das verbas rescisórias, o término do contrato somente se efetiva ao fim do prazo do aviso prévio, ficando, portanto, mantendo-se o vínculo do empregado à empresa durante o aviso prévio.

Entende-se também, que o valor pago a título de aviso prévio indenizado não representa indenização, mas contraprestação pelo período em que o empregado está à disposição do empregador. Desta forma, quando o empregador opta por indenizar o aviso prévio do trabalhador, não significaria estar retirando a natureza remuneratória da parcela.

Outro argumento como defesa para esta corrente de que aviso prévio indenizado é verba de natureza salarial, é a sumula 182 do Tribunal Superior do Trabalho:

“Súmula 182: O tempo de aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional previsto no art. 9º da Lei 6.708, de 30.10.1979”.

Após estas alterações legislativas, a Receita Federal do Brasil, também passou a entender que incide a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado tanto que a Instrução Normativa RFB nº 925/2009 nos artigos 6º e 7º diz:

“Art. 6º As pessoas jurídicas ou os contribuintes equiparados que efetuarem rescisão de contrato de trabalho de seus empregados e pagarem aviso prévio indenizado, deverão preencher o SEFIP da seguinte forma:

I - o valor do aviso prévio indenizado não deverá ser informado;e

II - o valor do décimo-terceiro salário correspondente ao aviso prévio indenizado deverá ser informado no campo "Base de Cálculo 13º salário da Previdência Social", exceto no caso de empregado que tenha trabalhado por um período inferior a 15 (quinze) dias durante o ano, cuja informação não poderá ser prestada até que o SEFIP seja adaptado.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste artigo, a GPS gerada pelo SEFIP deverá ser desprezada, devendo ser preenchida GPS manualmente com os valores efetivamente devidos, incluindo as contribuições incidentes sobre o aviso prévio indenizado e sobre o décimo-terceiro salário correspondente ao aviso prévio indenizado, observado o disposto no art. 7º.

Art. 7º Para fins de cálculo das contribuições e de enquadramento na Tabela de Salário de Contribuição, o valor do aviso prévio indenizado deverá ser somado às outras verbas rescisórias que possuem incidência de contribuições

previdenciárias, na competência do desligamento.

Parágrafo único. O décimo-terceiro salário correspondente ao aviso prévio indenizado deve ser somado ao valor do décimo-terceiro salário proporcional, correspondente ao valor bruto da gratificação sem compensação dos adiantamentos pagos, mediante aplicação, em separado, da Tabela de Salário de Contribuição”

É neste sentido que as ementas dos Tribunais Regionais do Trabalho da 15ª Região, 3ª Região, 9ª Região e 4ª Região, já se posicionaram:

“AVISO PRÉVIO. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. Avisoprévio é mera roupagem ao salário, stricto sensu, que o trabalhador tem direito de receber no derradeiro trintídio do vínculo. O período do aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os efeitos, sendo devida a incidência de contribuições previdenciárias sobre o título”. (TRT 15ª Região – RO 0001421-23.2010.5.15.0134, 2ª Turma, Rel. Edmundo Fraga Lopes, Data de publicação: 27/04/2012).

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO – PERTINÊNCIA. A “ratio legis” da parte final do § 1º do art. 487 da CLT é de que o período do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais, ainda que indenizado. Coerente com esta exegese do referido preceito legal, a jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento pacífico no sentido de que “A data

de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado” (Orientação Jurisprudencial nº 82 da SBDI-1 do TST). Somese que a jurisprudência do C. TST, igualmente, vem entendendo que há incidência de FGTS sobre o aviso prévio indenizado (Súmula nº 305). Ademais, não consta do rol taxativo do §9º do art. 28 da Lei 8.212/91 que o aviso prévio indenizado não integra o salário de contribuição. Destarte, é extreme de dúvida que a natureza do pagamento a título de aviso prévio tem caráter salarial e deve sofrer incidência de contribuições previdenciárias, mormente considerando que o período anotado na CTPS será computado para benefício previdenciário. Ademais, o Decreto nº. 6.727/2009 revogou [a alínea “f” do inciso V do § 9º do art. 214 do Regulamento da Previdência Social](#), que excluía o aviso prévio indenizado do salário de contribuição. Recurso conhecido e provido”. (TRT 15ª Região – RO 0085300-40.2009.5.15.0011, 5ª Turma, Rel. José Antonio Pancotti, Data de publicação: 22/07/2011).

“AVISO PRÉVIO INDENIZADO / INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - Com o advento do Decreto nº 6.727/2009, publicado em 12/01/2009, restaram revogadas a alínea "f", do inciso V, do § 9º, do art. 214, o art. 291 e o inciso V, do art. 292 do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99), que excluía da incidência de contribuição previdenciária o aviso prévio indenizado. Assim, tal verba, que até então não sofria a incidência da contribuição previdenciária, passou a integrar a base de cálculo para recolhimento ao INSS, o que deve

ser observado no caso, uma vez que o trabalhador foi dispensado em data posterior à alteração legislativa.” (TRT 3ª Região – RO 0011454-10.2013.5.03.0164, 6ª Turma, Rel. Jorge Berg de Mendonça, Data de publicação: 25/08/2015).

“ACORDO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. Incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, por não mais figurar entre as parcelas isentas, tendo em vista que o art. 28 da Lei nº 8.212/91 foi alterado com a edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997”. (TRT 9ª Região – ACO 16548-2008-029-09-00-0-ACO-09973-2010, 5ª Turma, Rel. Rubens Edgard Tiemann, Data de publicação: 09/04/2010).

“RECURSO ORDINÁRIO DA UNIÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. A incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio é matéria pacificada na jurisprudência sumulada deste Tribunal. Aplicável à espécie o entendimento consubstanciado na Súmula nº 49. Recurso da União parcialmente provido”. (TRT 4ª Região – RO 0000048-23.2010.5.04.0017, 11ª Turma, Rel. José Cesário Figueiredo Teixeira, Data de publicação: 05/12/2013).

No entanto, o conceito de salário de contribuição traz a expressão “quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador”, portanto a corrente majoritária entende que, como não ocorre a prestação do serviço e nem constitui tempo à disposição do empregador, não há que se falar em verba salarial e sim indenizatória, já que visa ressarcir o empregado dispensado enquanto procura por um novo emprego.

Para DELGADO (2004, p.1171), a diferença em relação à natureza do aviso se dá pelo labor ou não do período:

“O pagamento do aviso prévio prestado em trabalho tem natureza nitidamente salarial: o período de seu cumprimento é retribuído por meio de salário, o que lhe confere esse inequívoco caráter [...] contudo, não se tratando de pré-aviso laborado, mas somente indenizado, não há como insistir-se em sua natureza salarial. A parcela deixou de ser adimplida por meio de labor, não recebendo a contraprestação inerente a este, o salário. Nesse caso, sua natureza indenizatória inequivocamente desponta (...).”

Outro argumento dos adeptos a esta corrente entende que somente pelo fato da revogação da alínea “f” não muda o caráter indenizatório da verba e que não se pode concluir que, a partir de então, passa a incidir a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, pois não há previsão legal que estabeleça esta verba como salário de contribuição.

Segundo entendimento de DELGADO (2011, p. 1123), se o aviso prévio não for laborado, e sim, indenizado, não há possibilidade de se classificar como de natureza salarial, pois se trata de ressarcimento de uma parcela trabalhista não cumprida.

Além do aviso prévio indenizado, outra verba que não se considera como salário de contribuição e que não se encontra no rol do § 9º, do artigo 28 da Lei 8.212/91, é a parcela in natura a título de alimentação ou vestuário dos empregados domésticos, cujo caráter salarial é negado pelo artigo 18, § 3º da Lei Complementar 150 de 2015. Desta maneira, não se pode afirmar que o rol do § 9º, do artigo 28 da Lei 8.212/91 é taxativo.

A obrigatoriedade para se exigir a cobrança de um tributo, deriva de determinação constitucional. Portanto como a exigência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado não

tem previsão legal, exigi-la afrontaria ao princípio da reserva legal observado no artigo 150, inciso I da Constituição Federal de 1988:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Essa é a posição do Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE REVISTA. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. PARCELA DISCRIMINADA A TÍTULO DE VALE-REFEIÇÃO. NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA. PAGAS EM PECÚNIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. Segundo o entendimento majoritário desta Corte, quando há, na petição inicial, verbas de natureza salarial e indenizatória, não existe impedimento legal de que as partes transacionem o pagamento apenas das verbas de natureza indenizatória, sobre as quais não incide a contribuição previdenciária. Na hipótese, o Tribunal Regional consignou não haver irregularidade no acordo feito entre as partes, asseverando que houve discriminação válida das parcelas transigidas a título de auxílio alimentação, as quais tinham natureza indenizatória - ainda que pagas em pecúnia. Assim, a decisão regional foi proferida com estrita observância ao disposto nos arts. 195 da Constituição Federal e 28, I, e § 9º, e 43, -caput-, da Lei nº 8.212/91. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. PARCELA DISCRIMINADA A TÍTULO DE AVISO-PRÉVIO.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. A parcela relativa ao aviso-prévio indenizado não integra o salário-de-contribuição, porquanto objetiva retribuir obrigação não adimplida, concernente ao aviso não concedido. Evidenciada a natureza indenizatória da verba em questão, não se há de falar em incidência da contribuição previdenciária sobre a parcela, nos termos do artigo 214, § 9º, inciso V, alínea -f-, do Decreto nº 3.048/1999. Precedentes desta Corte. Recurso de revista de que não se conhece”.(RR - 50000-55.2003.5.02.0442 , Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 06/10/2010, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/10/2010).

“RECURSO DE REVISTA - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA SALARIAL - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – A jurisprudência majoritária desta Corte está pacificada no sentido de que, mesmo após a alteração do artigo 28, § 9º, 'e', da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.528/97, que suprimiu expressamente o aviso prévio indenizado do rol das parcelas que não integram o salário de contribuição, não incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, parcela que ostenta natureza eminentemente indenizatória e que não se enquadra na concepção de salário de contribuição, eis que não visa a retribuir os serviços efetivamente prestados nem constitui tempo à disposição do empregador, mas tem o escopo de indenizar serviço não prestado e de ressarcir o trabalhador dispensado enquanto aguarda pela obtenção de novo emprego e recolocação no mercado de trabalho. Recurso de Revista conhecido e

provido”. (TST-RR 731300-97.2008.5.09.0028, Acórdão da 8ª Turma do TST, Min. Redator Márcio Eurico Vitral Amaro, DJe 11/10/11).

“AVISO-PRÉVIO INDENIZADO - NÃO INCIDÊNCIA. A indenização do aviso-prévio não constitui pagamento que tenha por objetivo remunerar serviços prestados ou tempo à disposição do empregador, pois decorre da supressão da concessão do período de aviso-prévio por parte do empregador, conforme estabelecido no art. 487, § 1º, da CLT. Logo, descabida a incidência das contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado, em razão de sua inequívoca natureza indenizatória. Recurso de revista não conhecido”. (TST - RR - 799-41.2010.5.06.0312 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 22/08/2012, 4ª Turma, Data de Publicação: 31/08/2012).

“RECURSO DE REVISTA. (...) CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO. O aviso prévio indenizado consiste em uma retribuição não resultante de um trabalho realizado ou de tempo à disposição do empregador, mas de uma obrigação trabalhista inadimplida. O efeito de projeção do tempo de serviço inerente ao aviso prévio, em quaisquer de suas modalidades, não desvirtua a natureza jurídica quando retribuído de forma indenizada. Não há como se dar a interpretação à exclusão da alínea f do inciso V do §9º do art. 214 do Regulamento da Previdência, por força da edição do Decreto 6727/2009, no sentido de ser possível, a partir daí, se proceder ao recolhimento da contribuição previdenciária em

relação à parcela que, por sua natureza não salarial, e sim indenizatória, não comporta recolhimento previdenciário, por expressa disposição constitucional - art. 195, I, a, da CF. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (TST-RR-298-32.2010.5.06.0007, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 07/10/2011).

“RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. O aviso prévio indenizado, como demonstra a própria denominação, tem natureza jurídica indenizatória, pelo que não incide a contribuição previdenciária sobre a parcela. Recurso de revista de que não se conhece”. (TST-RR-14100-95.2009.5.06.0019, 5ª Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT 26/08/2011).

O mesmo entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GRATIFICAÇÃO NATALINA PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

2. A gratificação natalina, por ostentar caráter permanente, integra o conceito de remuneração, sujeitando-se, conseqüentemente, à contribuição previdenciária. A Lei 8.620/1993, em seu art. 7º, § 2º, autorizou expressamente a incidência da

contribuição previdenciária sobre o valor bruto do 13º salário. 3. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.066.682/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 4. Nesse contexto, a circunstância de o aviso prévio indenizado se refletir na composição da gratificação natalina é irrelevante, devendo a contribuição previdenciária incidir sobre o total da respectiva verba. 5. Assim, os valores relativos ao 13º proporcional ao aviso prévio indenizado por possuírem natureza remuneratória (salarial), sem o cunho de indenização, sujeitam-se à incidência da contribuição previdenciária. 6. Agravo Regimental não provido”. (AgRg no REsp 1535343/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 11/09/2015).

“As verbas de natureza salarial pagas ao empregado a título de auxílio-doença, salário-maternidade, adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e horas-extras estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária. Já os valores pagos relativos ao auxílio-acidente, ao aviso prévio indenizado, ao auxílio-creche, ao abono de férias e ao terço de férias indenizadas não se sujeitam à incidência da exação, tendo em conta o seu caráter indenizatório”. (STJ, 1ª Turma, REsp. nº 973.436/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 25/02/2008).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. REMUNERAÇÃO DE FÉRIAS GOZADAS. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA. AVISO PRÉVIO

INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. É pacífico no STJ o entendimento de que o salário-maternidade não tem natureza indenizatória, mas sim remuneratória, razão pela qual integra a base de cálculo da contribuição previdenciária. 2. O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário de contribuição. Saliente-se que não se discute, no apelo, a incidência da contribuição sobre o terço constitucional. 3. O valor pago ao trabalhador a título de aviso prévio indenizado, por não se destinar a retribuir o trabalho e possuir cunho indenizatório, não está sujeito à incidência da contribuição previdenciária sobre a folha de salários. Precedentes do STJ. 4. Agravos Regimentais não providos”. (AgRg nos EDcl no AREsp 135.682/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 14/06/2012).

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT). 2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. 3. Recurso

especial não provido”. (STJ, 2ª Turma, REsp nº 1.198.964/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 02/09/2010).

Esta também é a posição dos Tribunais Regionais Federais:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. PRIMEIROS 15 (QUINZE) DIAS DE AFASTAMENTO POR MOTIVO DE DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA.1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1.230.957-RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 26/2/2014), assentou o entendimento de que não há incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o aviso prévio, ainda que indenizado, e a importância paga ao segurado empregado nos primeiros 15 dias de afastamento por motivo de doença, porquanto tais verbas ostentam natureza "compensatória/indenizatória".2. A contribuição previdenciária patronal não incide sobre o montante pago ao empregado a título de terço constitucional de férias, eis que dita verba não integra o salário de contribuição para fins de aposentadoria.3. Apelação e Remessa Oficial improvidas”.(PROCESSO: 08040356620134058300, APELREEX/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, 1º Turma, JULGAMENTO: 27/10/2015.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INCIDENTES SOBRE A

FOLHA DE SALÁRIOS E DEVIDAS A TERCEIROS – ADICIONAL DE 1/3 (UM TERÇO) DE FÉRIAS CONSTITUCIONAL – AVISO PRÉVIO INDENIZADO – CARÁTER INDENIZATÓRIO – INCIDÊNCIA QUE SE AFASTA – PRECEDENTES – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO – 1- Verificado o caráter indenizatório das verbas trabalhistas em questão, não há falar em incidência da contribuição previdenciária instituída pelo artigo 22, I, da Lei nº 8.212/91, bem assim daquelas devidas a terceiros. 2- Precedentes desta E. Corte, do Colendo Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 3- Agravo legal a que se nega provimento”. (TRF 3ª R. – AI 0030484-56.2012.4.03.0000/SP – 1ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Hélio Nogueira – DJe 13.05.2014 – p. 121).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de conceitos, legislação, jurisprudências e informações em geral, o trabalho buscou esclarecer diferentes posições que geram grandes dúvidas quanto a exigibilidade ou não da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, sendo esta verba paga quando há uma rescisão de uma relação de emprego.

Trouxe o conceito da Previdência Social e que fazem jus ao gozo dos benefícios aqueles que contribuem, explicando assim o porquê do caráter contributivo da Previdência Social.

A contribuição previdenciária é paga sobre o salário de contribuição do trabalhador, onde seu conceito está definido no artigo 28 da Lei 8.212/91, no qual se abarca diversas verbas, dentre elas, verbas trabalhistas pagas pelo empregador ao empregado.

As verbas que não integram o salário de contribuições, ou seja, as exceções, estão também previstas no artigo 28, no §9º, sendo que, não está previsto o aviso prévio indenizado, motivo pelo qual, surgem diversas posições quanto a exigibilidade da contribuição previdenciária sobre a referida verba.

Deparando-se com posições diversas, foi necessário trazer o conceito e a natureza jurídica do aviso prévio indenizado, pois seriam fatores relevantes para responder tais dúvidas.

Se considerar como natureza salarial, ou seja, pagas em troca do serviço prestado ou o tempo que o empregado fica à disposição do empregador, certamente se enquadraria no conceito de remuneração definido no artigo 28 da Lei 8.212/91 e conseqüentemente, uma verba em que incidiria a contribuição previdenciária.

Outro fator que causou a divisão entre duas correntes foi que em 2009, o Decreto 6.727 revogou a alínea “f” do inciso V, § 9º do artigo 214, do Decreto 3.048/99, que arrolava o aviso prévio indenizado como verba que não integravam a base de cálculo para a contribuição previdenciária.

Entretanto, seguindo o entendimento majoritário, incluindo-se TST e STJ, se o aviso prévio indenizado for entendido como verba indenizatória, ou seja, por ressarcimento de um prejuízo causado pelo empregador por extinguir um contrato de trabalho sem aviso prévio, não se considera como remuneração e sim, mera indenização, portanto, não se enquadra como salário de contribuição e assim, não incidirá a contribuição previdenciária.

Também não se pode considerar o rol do artigo 28 da Lei 8.212/91 como taxativo, nem mesmo que a falta de expressa previsão legal quanto a não incidência da contribuição, conduz a inclusão automática como parcela integrante de salário de contribuição.

Portanto, conclui-se pelo mesmo entendimento da maioria, ou seja, que se trata de uma verba de natureza indenizatória e enquanto durar omissa a previsão legal, não incidirá a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

Referencias Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. LTR, 2005.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 19 set. 2015.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.727, de 12 de janeiro de 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6727.htm>. Acesso em: 19 set. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Brasília, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, 1991. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 06 set. 2015.

BRASIL. Instrução Normativa nº 925, de 06 de março de 2009. Brasília, 2009. Disponível em:<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15886>>. Acesso em: 28 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011. Brasília, 2011. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm>. Acesso em: 28 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 182.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário nº973.436/SC. Rel. Ministro José Delgado, 25 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário nº1.198.964/PR. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 02 de setembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário nº135.682/MG, 2ª Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin, 14 de junho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário nº1535343/CE, 2ª Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin, 11 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 9ª Região. Recurso Ordinário nº16548-2008-029-09-00-0-aco-09973-2010, 5ª Turma. Rel. Rubens Edgard Tiemann, 09 de abril de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 15^a Região. Recurso Ordinário n 0085300-40.2009.5.15.0011, 5^a Turma. Rel. José Antonio Pancotti, 22 de julho de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 15^a Região. Recurso Ordinário n 0001421-23.2010.5.15.0134, 2^a Turma. Rel. Edmundo Fraga Lopes, 27 de abril de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 4^a Região. Recurso Ordinário n 0000048-23.2010.5.04.0017, 11^a Turma. Rel. José Cesário Figueiredo Teixeira, 05 de dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 3^a Região. Recurso Ordinário n 0011454-10.2013.5.03.0164, 6^a Turma. Rel. Jorge Berg de Mendonça, 25 de agosto de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 3^a Região. Agravo de Instrumento n 0030484-56.2012.4.03.0000/SP. 1^a Turma. Rel. Juiz Federal Helio Nogueira, 13 de maio de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5^a Região. Apela o n 0804356620134058300. 1^a Turma. Desembargador Federal Manoel Erhardt. 1^a Turma, 27 de outubro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n 50000-55.2003.5.02.0442, 7^a Turma. Rel. Ministro Pedro Paulo Manus, 15 de outubro de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n 14100-95.2009.5.06.0019, 5^a Turma. Rel. Ministra Katia Magalhaes Arruda, 26 de agosto de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n 298-32.2010.5.06.0007, 6^a Turma. Rel. Ministro Aloysio Correa da Veiga Filho, 07 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº731300-97.2008.5.09.0028, 8ª Turma. Red. Ministro Marcio Eurico Vitral Amaro, 11 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº799-41.2010.5.06.0312, 4ª Turma. Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 31 de agosto de 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª ed. Niterói: Ed. Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14ª Edição – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MARINHO, Claudia Gaspar Pompeo. **Aviso Prévio Indenizado: Incidência de Contribuição Previdenciária?** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22120/aviso-previo-indenizado-incidencia-de-contribuicao-previdenciaria#ixzz2RLGNvoAy>>. Acesso em: 28 set. 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 23ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2008.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito de seguridade social**. 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEIRA, Marco André Ramos. **Manual de direito previdenciário**. 3ª Edição – Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

NOTA:

[1] Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Unisul/IDP (2007). Especialista em Direito Processual pela Unama (2008). Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pelo Centro Universitário Toledo (2012). Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2013). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2015). Mestrando em Ciências Ambientais pela Universidade Camilo Castelo Branco. Atualmente é sócio-proprietário de Escritório de Advocacia e Professor Universitário.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL; PUNIÇÃO E NÃO SOLUÇÃO

VICTOR ACHILLES FERRARI CARDOZO:
Estudante do Curso de Direito da Unicastelo -
Fernandópolis

Professor orientador:
ANDRÉ DE PAULA VIANA

RESUMO: O presente trabalho explora alguns dos fatores determinantes para a criminalidade do jovem, tais como educação, saúde, sociedade e corrupção no país, além de demonstrar que a redução da maioridade penal não é o caminho correto para extinguir a violência no País. A educação em muitos casos é um completo descaso, tanto pela falta de infraestrutura, como pela falta de material didático, salas de aula depredadas e professores pouco qualificados. No quesito saúde, muitas vezes os hospitais não são capazes de comportar todos os pacientes que necessitam. Infelizmente, a sociedade ainda tem preconceito em relação ao mais pobre, muitas vezes não oferecendo a esta oportunidade. Não podendo deixar de mencionar que a corrupção atualmente vem sendo um grande problema para nação, em que os políticos corruptos usufruem do dinheiro público, deixando um rombo no cofre do país, não sendo punidos. Dentre todos os fatores, é possível perceber, que um cidadão ao nascer em um ambiente em que seus pais não tiveram uma infraestrutura adequada, saúde que suprisse as necessidades, oportunidade de sustentar com dignidade uma família, uma educação que muitas vezes não exerce seu papel fundamental de formar uma pessoa para sociedade, acaba sobrando somente a criminalidade ou sofrimento. Deste modo, indicando que muito dos deveres de um país de satisfazer as necessidades de cidadão, acaba não conseguindo, e assim diminuindo os caminhos do jovem que recorrem à violência para

sobreviver ou por não terem tido outro tipo de influência em sua vida.

Palavras-chave: Jovens. Redu o Maioridade Penal. Violência

ABSTRACT: This paper explores some of the determining factors for the crime of the young, such as education, health, society and corruption in the country, and demonstrate that the reduction of criminal responsibility is not the right way to extinguish violence in the country. The education many cases is a complete disregard by both the lack of infrastructure, and the lack of teaching materials, classrooms vandalized and poorly qualified teachers. In the item health, hospitals are often unable to contain all the patients in need. Unfortunately, society still has prejudice against the poorest, often not offering this opportunity. Can not fail to mention that corruption is now being a major problem for the nation, where corrupt politicians enjoy public money, leaving a hole in the country safe, not being punished. Among all the factors, it is possible to see that a citizen at birth in an environment where their parents did not have an adequate infrastructure, health that met the needs, the opportunity to support with dignity a family, an education that often does not exercise its role fundamental form of a person to society, has only left the crime or suffering. Thus, indicating that much of the duties of a country to meet citizen's needs, end up failing, and thus decreasing the ways of youth who resort to violence to survive or not having had another kind of influence in your life.

Keywords: Youth. Criminal Majority reduction. Violence.

Introdu o

Em nosso país, a maioria   fixada em 18 anos. Crianças até 12 anos são inimputáveis, ou seja, não podem ser julgadas nem punidas pelo estado. Dos 12 aos 17 o menor   encaminhado   Vara da infância e da juventude onde recebem as devidas san oes (advertência, obriga o de reparar o dano, presta o de serviço  

comunidade e entre outros). Essas medidas com certeza, não se comparam ao modo de penalização imposta ao adulto, pois as penas são extremamente mais severas e duradouras.

Estamos vivenciando em nosso país onde dividimos opiniões sobre o que se deve fazer em relação violência em que o jovem está envolvido. Muitos brasileiros pensam que o jovem é suficientemente capaz de cometer o crime, e deveria ser realmente capaz de arcar com a responsabilidade, mesmo que a lei não permita o jovem ser condenado ao lado de adultos.

Refletindo com mais afinco, percebemos que ao em vez de punir poderíamos solucionar o problema, ou pelo menos uma parcela dele, que está claramente na sociedade em que vivemos e os problemas que assolam nosso país, como, saúde, educação, pobreza e etc.

Conceito Maioridade Penal Brasileira

A maioridade penal é o que se define a partir de qual idade o indivíduo responde pela violação de lei penal na condição de ser um adulto, com nenhuma regalia ou vantagem. Ele é reconhecido como adulto consciente das consequências individuais e coletivas de seus atos e a responsabilidades. A constituição brasileira em seu artigo 228, que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos. No Brasil os menores de dezoito anos respondem de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) sendo assim menos severa a punição por serem menores.

Como é previsto na lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 em seu artigo 3º expõe:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e

facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

E no momento em nosso país se discute sobre a redução dessa maioria penal, com prós e contras sobre o assunto. Cada vez mais novo, o jovem se torna um infrator, cometendo crimes, e a ideia que surge primeiro na cabeça da sociedade é de que o jovem tem idade para cometer mais não para responder pelo crime, com penas menos severas e de menor tempo.

A influência da sociedade

À fatos em que o jovem ou a criança são usados como instrumento de crime na mão de criminosos, como forma de não punição, pois se o jovem não é punido então ele será o “bode expiatório” no crime. Deve-se muito disso ao sentimento de grande parte da população em a relação à aprovação da redução maioria penal, pois cada vez mais a casos sobre o assunto. É uma necessidade da população em achar um culpado, mesmo que sendo o jovem que não obteve as oportunidades corretas na vida e adentra no mundo do crime. Esta é a forma equivocada de se estabelecer ou pensar de boa parte da sociedade.

Todos sabemos que o estado quem alguns jovens viveram não propiciaram uma boa educação, alimentação, saúde, moradia e talvez não houvesse outra opção ou escolha para se fazer, e ele agarrou a única escolha que talvez teve no momento, pois a vida, o país, governo ou sociedade não proporcionou outra á ele.

A sociedade tem preconceito em relação as classes mais baixas, o pobre é estigmatizado, e deste modo a sociedade não proporciona o devido tratamento que merecem.

Não são todos os jovens em si, mas grande parte deles, que por se encontrarem em situação precária, vão adentrar ao mundo crime, e uma pequena parcela não, pois temos vários exemplos de jovens

que venceram e conseguiram uma vida digna com luta, garra e determinação, mas sim, a maioria dos infratores se encaixa na condição de vida em que vivia. Sendo assim, a grande maioria dos infratores, são crianças de famílias que viviam em um ambiente em que se tornou propício á prática de delitos. A violência do jovem é apenas a consequência de tudo que a própria sociedade propôs.

Há várias vertentes que o instigam o resultado que é a violência do jovem, desse modo deve-se avaliar todas as métodos que fazem com que o adolescente não precise recorrer ao crime, e não somente puni-lo.

Sendo assim, necessitamos valorizar muito a criança ou adolescente, e não culpa-los, e achar que estão colocando todo o Brasil em risco.

O Tratamento em relação à penalização difere bastante de um adulto, pois a criança e o adolescente não sabem o que estão enfrentando ou fazendo, por possuírem uma condição de um cidadão ou pessoa em desenvolvimento, desta forma, objetivo não fazer do jovem o grande vilão, e muito menos sofrer por seus erros que foram cometidos, mas ajuda-lo encontrar o caminho certo e recomeçar sua vida. Nossa nação chama atenção muito mais pela criminalidade, não somente do jovem, que é uma pequena parcela.

Mais é nesse momento que devemos refletir sobre tudo em que se engloba a situação, que há uma verdade no que foi dito a cima, pois sim, o adolescente na hora de cumprir sua pena que é bem menos severa do que seria para um adulto, o que, parece ser bem injusto, mas também, não seria a solução colocando-os no mesmo patamar de maiores de 18 anos, pois não há provas ou grandes evidências que o rebaixamento da idade vai diminuir índices de violência juvenil.

Com esse intuito Rocha (2013, p.1)expõe:

Está fundamentado que a punição pura e simples, com a adoção de penas

sendo essas previstas e impostas aos menores não gerará diminuição da incidência da violência no Brasil. Ainda, a violência gerada pelos adolescentes pode ser considerada não tamanha se compararmos a violência ocasionada sob influência dos adultos pelos quais na maioria dos casos são os grandes responsáveis. Estudar a proteção destinada às crianças, que procede da própria evolução dos direitos humanos, é uma obrigação social e, por que não dizer, uma obrigação jurídica. O ser criança já não é mais uma passagem provisória para se alcançar o *status* de adulto. Hoje, a criança é um sujeito de direitos, não um mero objeto de ações governamentais. Entretanto a redução da idade do menor pode representar um retrocesso ao processo civilizatório de desenvolvimento quanto à defesa, garantia e promoção do direito dos jovens no Brasil, não se pode enfrentar o problema aumentando a repressão.

Assim, não será solucionada com a punição, mais pelo incentivo da sociedade e governos nas áreas da saúde, educação, lazer, políticas e econômicas que dispõem. Não dá para realmente solucionar o problema sem mencionar os reais e principais motivos que instigam ou até impulsionam para que aconteça mais e mais violência. O grande aumento da criminalidade praticada pelas crianças e adolescentes, não quer dizer que supere, ou seja, maior que atos criminosos cometidos por adultos. Desta forma, em nada se justifica a redução da maioridade penal. Um sistema

socioeconômico historicamente desigual e violento só pode gerar mais violência.

A constituição brasileira assegura em seu artigo 6º, os direitos fundamentais como educação, saúde, moradia e entre outras. Sem esses direitos é muito grande a probabilidade de que o crime aumente entre os jovens.

O Artigo 6º da Constituição Federal expõe:

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.

A criança ou adolescente marginal não surge por um breve acaso ou por que as leis não conseguem conte-los por serem menores, e sim por serem frutos de injustiça social que piora a pobreza e em que sobrevive grande parte da população. O homem se torna o que é pelo estado em que vive ou situação. O adolescente é considerado um sintoma da lei que não os abrange, sendo uma forma de diminuir ou até excluir a responsabilidade que a sociedade tem.

Educação Brasileira

O adolescente não tem discernimento do que é correto ainda, pois está em uma fase de aprendizagem e desenvolvimento como expõe Salles (2005, p.1):

A criança e o adolescente, com seus modos específicos de se comportar, agir e sentir, só podem ser compreendidos a partir da relação que se estabelece entre

eles e os adultos. Essa interação se institui de acordo com as condições objetivas da cultura na qual se inserem. Condições históricas, políticas e culturais diferentes produzem transformações não só na representação social da criança e do adolescente, mas também na sua interioridade. Há uma correspondência entre a concepção de infância presente em uma sociedade, as trajetórias de desenvolvimento infantil, as estratégias dos pais para cuidar de seus filhos e a organização do ambiente familiar e escolar.

A educação é essencial para qualquer ser humano para se tornar um cidadão, mais a realidade brasileira é que muitos jovens são perdidos nesse processo.

Em nossa educação, grande quantidade de escolas é completamente dizimada. Encontramos vários problemas, tanto no material didático, janelas e portas totalmente quebradas, quanto em profissionais pouco qualificados para o cargo. Diante disso, é complicado se aplicar uma educação necessária e de qualidade, pois todos esses problemas interferem no aprendizado do jovem.

O país além de enfrentar a falta de uma escola, a várias que são um total descaso em relação à educação e respeito. Escolas em ruínas, professores sem motivação, pois são mal remunerados, alunos que com a falta de uma infraestrutura adequada que, vem lá de sua casa em que, vive constantemente com a violência porque também a sociedade não deu a oportunidade correta, esse âmbito escolar é praticamente uma escola de marginais. Há casos de tráfico e usuários de drogas e todo tipo de crime que possa se imaginar.

Educação é na absoluta certeza um dos pontos primordiais para o ser humano trilhar caminho correto.

Professor de Filosofia Barros (2015,p.1) resume sobre a importância da educação:

Investir pesado em um novo sistema de ensino para produzir transformações positivas para todos os nossos jovens é o pesar sensato. Todavia deve ser uma educação real e não simplesmente um faz de conta. Em vez de construir presídios que se construíssem mais e mais escolas e universidades gratuitas para oferecer aos nossos jovens. Sabemos que a educação em nosso país é precária e onerosa para nossos jovens. Muitos nem conseguem concluir o ensino médio por que existem diversos entraves que desestimulam os alunos a estudarem e logo pensam em trabalhar. Imediatamente percebem que não existe mais futuro. Vão simplesmente trabalhar em serviços que somente os exploram e vivem sem perspectiva de não receber um salário digno. Quem consegue entrar pelas portas de uma faculdade e universidade para realizar o sonho do ensino superior. Passa por grandes dificuldades, para quitar as mensalidades. E quando não conseguem são obrigados a desistirem, abortando o sonho de uma graduação. Os programas do governo ainda são tímidos em relação ao universo dos candidatos a uma vaga no ensino superior. O governo federal deveria investir pesado na educação é a

melhor forma de reduzir a violência. Dinheiro existe para pagar o ensino para todos os brasileiros. Desde a creche ao ensino médio incluindo também todo o material didático e salario digno aos professores. O problema é que todo o dinheiro que poderia ser investido na educação está abastecendo a corrupção geradora da violência e criminalidade.

A Educação é necessária, além de ser um direito fundamental, que ajuda no desenvolvimento tanto do cidadão, quanto de uma nação inteira. A sua importância é tamanha, que vai muito além de um simples aumento de renda ou alguma oportunidade de conquistar um emprego.

Por meio da Educação, conseguiremos conquistar nosso desenvolvimento social, econômico e cultural. Uma **Educação de qualidade** é de grande importância porque **se consegue obter o cumprimento de outros direitos**.

Não é preciso repetir a toda hora que a educação é um dos pilares da sociedade e que a realidade em que vivemos hoje em nosso país, pelo menos grande parte de escolas em todo território nacional possui casos de violência com frequência.

Sobre a violência nas escolas, Pellegrini (2014, p.1) conceitua:

Não é preciso ir longe para se verificar tudo isso. Basta recorrer ao buscador do Google e pedir "violência nas escolas". Aparecem centenas de artigos, análises, denúncias, resumo de encontros e simpósios de especialistas em ciências da educação e do comportamento, além de livros inteiros, disponibilizados gratuitamente, na tentativa de analisar o problema e

apresentar possibilidades de solução. Se você for ao Youtube, vai encontrar coisa ainda pior: é imenso o acervo de postagens, contendo cenas às vezes alucinantes de violência destrutiva pura, com frequência captadas e publicadas pelas câmeras celulares dos próprios alunos. Há vídeos de brigas, de bullying, de quebra-quebras, de mutilações e até de assassinatos cometidos dentro das salas de aula e nos pátios das escolas.

A violência entrou de vez no âmbito escolar. Só que, em vez de uma educação qualificada, alunos, professores, diretores e funcionários precisam conviver com agressões, ameaças e abusos.

E está se transformando cada vez maior como aponta Tonchis (2012, p.1):

O grande problema é que a violência tem se tornado em proporções inaceitáveis. Os menos jovens, como eu, estão assustados. Os professores estão angustiados, com medo, nunca se sabe o que pode acontecer no cotidiano escolar; os pais, preocupados. Não é raro os jornais noticiarem situações de violência nas escolas, as mais perversas.

São escolas abandonadas por seus estados e cidades, e a sociedade na hora em que o jovem pratica o crime para sobreviver ou por que convivi com aquilo, pois aprendeu de forma errada, nos faz pensar que, é o próprio jovem o causador de toda essa situação, sendo que há muitos fatores causadores de toda a violência gerada, o país tem potencial para se extinguir pelo menos a maioria do problema, mas o primeiro crime é cometido pelo governo, que se preocupa mais com dinheiro ao invés de ajudar a população em si.

A Educação nada mais é que o principal caminho para uma vida sem crime e nem violência, sendo assim, (Constantino, **2015**, p.1), faz um breve comentário:

Não há discurso mais fácil do que repetir que a solução é mais educação. Nada mais é preciso depois dessa sentença mágica: seu autor é automaticamente visto como um ser nobre, sensível, um humanista. Quem pode ser contra mais educação?

Para os todos educadores, um ambiente escolar correto, limpo, pintado e organizado faz o aluno se sentir interessado em aprender, disposto a se aplicar cada vez mais e aproveitar ao máximo o espaço que lhe for proporcionado.

Apesar, de a sociedade achar que o jovem não é punido, é muito pelo contrário, existe lei específica, que se trata do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) que é constituído de medidas educativas como advertências, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade, semiliberdade, internação e liberdade assistida. Que seu principal objetivo é que a lei seja aplicada de forma e de acordo com capacidade do jovem infrator. O Estatuto da Criança e do Adolescente faz parte do ordenamento jurídico brasileiro que visa à completa proteção da criança e do adolescente, seja com ajudando ou punindo da maneira correta e específica.

A partir de 12 anos completos, todo e qualquer adolescente é responsabilizado por ter praticado ato contra lei. Essa responsabilização, é conduzida por meio de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, têm como objetivo ajuda-lo a recomeçar e inseri-lo novamente na sociedade para que tenha uma vida satisfatória, o que faz parte do seu processo de aprendizagem, e que ele não recorra a criminalidade como meio de vida. Não devemos confundir ou comparar impunidade com imputabilidade. A Imputabilidade é

capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito de acordo com entendimento, fundamentar em sua maturidade política, sua maturidade psíquica e ter pleno conceito do que é certo ou errado.

A imputabilidade está descrita à seguir por Lima (2009, p.1) :

Imputabilidade penal é a condição ou qualidade que possui o agente de sofrer a aplicação de pena. E, por sua vez, só sofrerá pena aquele que tinha ao tempo da ação ou da omissão capacidade de compreensão e de autodeterminação frente o fato.

No final das contas, o jovem, tanto crianças quanto adolescentes não estão no ápice de seu desenvolvimento psicológico, diferentemente dos adultos. Vários psicólogos são completamente contra a redução da maioridade penal, por entender que a juventude, ou seja, adolescentes e crianças é uma fase da vida que devem ser amparados por nosso ordenamento jurídico ou sendo punidos de forma específica prevista em lei conforme sua capacidade de discernir certo do errado.

Sistema Penitenciário Brasileiro

Caso seja aprovado algum dia a redução da maioridade penal para 16 anos e, e a partir desse dia com absoluta certeza iremos presenciar crimes praticados por menores de 14, e deste ponto, deveríamos reduzir ainda mais a maioridade penal? Sobre a redução, em entrevista à Carta Capital, Benge (2015, p.1) diz:

Reduzir a maioridade não é uma solução. Ao contrário, pode agravar a violência. Passaríamos a considerar como adultos todos os jovens com 16 anos ou mais. Ou seja, o processo para a responsabilização, a natureza da punição a ser aplicada e o lugar para o

cumprimento da medida serão iguais aos de um adulto. Não faz sentido jogar os 20 mil jovens que hoje cumprem medidas socioeducativas com restrição de liberdade nos presídios convencionais, controlados por organizações criminosas. Ao sair desse sistema, teríamos jovens ainda mais violentos e, possivelmente, associados a alguma facção. Em vez de remediar o problema, corremos o sério risco de agravá-lo. Além disso, não podemos perder de vista que, dentro das prisões, esses adolescentes podem sofrer graves violações. Há até um problema logístico. Os presídios já sofrem com falta de vagas. Sem falar dos reflexos da maioria para um conjunto de outros direitos.

Só formaríamos mais criminosos ainda, pois se houver uma possível redução, os jovens estariam no meio de bandidos que, os influenciariam ainda mais, formando criminosos perigosos. E ainda veríamos outro problema se agravar, o de que o sistema brasileiro não suporta mais pessoas, pois o sistema penitenciário está implodindo de tantas pessoas, e há muito deixou de ser um instrumento eficaz de recuperação.

Se aceitarmos punir os adolescentes da mesma forma como fazemos com os adultos, que já tem uma formação psicológica completamente formada estaríamos apenas reconhecendo que eles deveriam pagar pela inépcia do Estado, que não agiu de acordo com a lei e não lhes deu a proteção constitucional que é seu direito fundamental. A prisão é nada mais que uma fábrica de criminosos, pois retira o indivíduo infrator da sociedade com a intenção de ressocializá-lo, segregando-o, para depois reinseri-lo. Com a redução, o nosso sistema penitenciário entrará em completo colapso por falta de vagas e até recursos.

Vasconcelos, Queiroz, Calixto (2011, p.1) em um breve trecho descrevem sobre o sistema penitenciário, que diz:

Percebe-se que o Sistema Penitenciário Brasileiro, por descaso dos poderes competentes, não consegue promover de forma precisa sua função de reintegrar o apenado à sociedade. Este, apesar de viver em regime fechado necessita ter seus Direitos Fundamentais garantidos, para que assim possa voltar ao convívio social de forma estável. Ao fazer um breve histórico da pena e da prisão, observar a violação dos Direitos Humanos no cotidiano dos apenados cogitou-se as falhas que geram toda uma polêmica acerca do assunto e fez-se um esboço de como seria um sistema ideal que promovesse, de fato, a recuperação do apenado.

O sistema prisional brasileiro reflete a realidade social injusta no Brasil, e que pobreza e carência facilitam ou estimulam e propiciam o crime. A maioria de esmagadora de prisões sem encontram em condições precárias e nada esperançosas de serem submetidas ao devido, e justo, processo legal ao qual todo cidadão tem direito constitucional.

Nucci (2006, p.949), expressa sua ideologia em um breve trecho que diz:

Na prática, no entanto, lamentavelmente, o estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à pena privativa de liberdade,

permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distante do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

Desta mesma forma Assis (2007, p.1) demonstra :

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice da hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS por excelência.

Esse sistema que vemos nada mais é que uma escola em que, o jovem ao se misturar aos indivíduos que ali estão e restando um único pensamento enquanto estiverem aprisionados, o de que, a violência é o melhor caminho, e lá estarão todos os ingredientes para que se torne um adulto criminoso. Todos os presidiários são submetidos a situações que ferem completamente sua dignidade, e que os deixam mais revoltados com suas própria realidade. Com uma lotação beirando o colapso, que acaba inserindo indivíduos e

misturando todos, apesar da diversidade de tipos de criminosos e seus temperamentos, recolhidos em um ambiente propício para formar um criminoso, tornando quase impossível a recuperação do ser humano.

E assim as prisões com adultos e adolescentes se torna de forma concreta o resultado que é transformar o jovem em um criminoso perigoso. Não á forma de que esse método de punição, que é a redução da maioridade seja algo proveitoso ou solucionador da criminalidade ou a diminuição da mesma.

Seria uma troca de um problema por outro, já que a recuperação é quase nula no sistema penitenciário.

E a população é obrigada a pagar indiretamente, pois não são satisfeitas suas necessidades que lhe são de direito. Cada dia a população sofre com algo tipo de problema, pois deveria ser solucionados, mas que a sociedade volta atenção para o resultado e não para a raiz do problema.

Deste modo, não há eficácia na prisão do jovem, e também a possibilidade do crime só aumentar sendo que ele não teve nem a chance de escolher para qual caminho caminhar, seria uma injustiça, por não ter tido a chance de ter uma vida digna e sem distinção ou desigualdade social.

A Pobreza e a Saúde no País

Decorrente, principalmente da forma mal conduzida da distribuição de renda, gera uma desigualdade social absurda, pois vemos os exemplos de favelas, pobreza, miséria, desemprego, fome, criminalização e a violência que é cometida pela criança e adolescente.

O que o brasileiro deveria fazer para reduzir a criminalidade, é principalmente exigir dos governantes que estão no poder do país, investimentos maiores para suprir a necessidade da população, com principal ponto, a educação. Combater a todo o

momento a miséria, tentando ao máximo reduzir, assim, a desigualdade social que aflige nosso país.

A nossa Nação sempre tem um desenvolvimento devagar, com problemas internos muito antigos e recentes, possuindo uma porção de sua população tentando viver abaixo da linha da pobreza com níveis muito altos.

O país está à deriva, pois, quem deveria resolver, não está resolvendo e Doroteu (2012, p.1) assim expõe:

É preciso pensar as Políticas Públicas no que tange à implementação e manutenção da proteção dos Direitos Humanos, como sendo um fator de que se precisam reverter investimentos para combater a exclusão social, dessa forma promovendo a isonomia e a dignidade da pessoa humana. O Ministério Público que atua como fiscal da lei deve ser chamado a assumir a responsabilidade de cobrar do governo medidas que combatam efetivamente a exclusão social. Medidas a longo prazo sendo a atividade pública revestida pelo princípio da continuidade e o Ministério Público um órgão com autonomia. Mas o papel do Ministério Público em cobrar não exclui a responsabilidade de setores da sociedade e de cada cidadão.

A redução da maioria penal afeta principalmente jovens em condições vulneráveis e a tendência é que, jovens pobres e moradores de periferias das grandes cidades brasileiras sejam afetados pela redução. Não em todos os casos de jovens, mais é um dos maiores motivos da marginalização do jovem em situações precárias. Esse já é o perfil predominante dos presos no Brasil.

Por este motivo, ao ser reduzida a idade penal, estes serão recrutados mais cedo ainda no mundo do crime. A redução da maioridade penal é uma forma muito severa de resolver o problema que lá atrás não foi resolvido. Então reduzir a maioridade penal é o mesmo que “tapar o sol com a peneira” e não estará realmente resolvendo o problema ao em invés de corta-lo pela raiz.

O que é necessário dizer, porém, que a pobreza não é uma condição específica de um determinado local, como se costuma pensar. Praticamente todas cidades do país são habitadas com pessoas na situação de pobreza, pincipalmente em favelas e periferias de grandes cidades.

O grande problema, que é o principal influenciador da pobreza do país é corrupção dos nossos governantes, enormes quantias desviadas da população para os próprios bolsos dos políticos, e a corrupção é um grande motivo de desenvolvimento do país não alavancar, prejudicando a qualidade de proporcionar serviços públicos e assim afetando a população, sendo que, o pobre é quem é atingindo com maior força.

O estado da saúde brasileira é uma falta de comprometimento com o brasileiro, pois quem não tem condições de aderir à um plano de saúde, infelizmente deve usufruir da saúde pública em estado de calamidade. Existem problemas mais frequentes como, filas intermináveis por falta tanto de recursos financeiros, materiais, quanto profissionais capacitados a fornecer um atendimento de qualidade.

Lima (2015, p.1) discorre sobre as condições da saúde do país:

A maneira como a pessoa humana é tratada quando necessita de atendimento de saúde, mostra a triste realidade da administração pública em zelar por esse direito garantido constitucionalmente. Descaso, negligência e principalmente a fala de

respeito com os cidadãos é um assunto que merece atenção, uma vez que nosso bem maior está em discussão, nosso bem-estar, nossas vidas.

É dever do Estado e não faculdade, proporcionar o mínimo de condição para que a população possa ter dignidade quando necessitar de cuidados. Todavia, o que ela encontra é uma verdadeira atrocidade no atendimento. As mais diversas barbáries suportam aqueles que precisam – não tendo outra escolha – utilizar o SUS – Sistema Único de Saúde. Esperas que parecem intermináveis, uma vez que ali estão na maioria dos casos buscando a urgência no tratamento. Ainda, quando conseguem são surpreendidas por falta de estrutura física e humana. Ausência de profissionais qualificados e capacitados, remédios e equipamentos insuficientes para a demanda é o dia a dia vivido por aqueles que trabalham e por aqueles que buscam ajuda no sistema de saúde.

Para conquistar uma saúde de qualidade a toda população, o Brasil necessita percorrer um caminho muito extenso.

No Brasil, a saúde tratada com descaso, negligencia e impostos bem altos em remédios e tudo que possa possibilitar uma boa saúde, e assim quem é mais carente não tem condições de adquiri-los. Os médicos e agentes de saúde são poucos e mal pagos. As pessoas são humilhadas, sofrem e morrem filas em corredores. As perícias e burocracia são extremamente demoradas. Existe a falta de leitos, UTI, Equipamentos, tecnologia, hospitais e postos de

saúde inapropriados para a demanda e ainda há a impunidade da corrupção que desvia recursos e incentiva as fraudes.

Houve um melhoramento nas últimas décadas em relação nos aspectos de preocupação com as maiores necessidades da população, em que o Brasil melhorou a condição de vida, mas está longe de ser o ideal, pois cada cidadão olha a televisão e vê cada vez mais corrupção, todo dia se algo que aconteceu nas mídias e o que menos deveria se fazer é responsabilizar o jovem por seu crime sozinho.

Sendo assim tudo pode refletir a uma mudança para melhor em relação a violência cometida por jovens e até para adultos, deve haver solução e não só a punição que não vai ajudar em nada e sim piorar como já vimos. Há uma melhoria em todos os aspectos mais ainda nosso país está completamente distante de países em que se privilegia as necessidades básicas do ser humano. As necessidades básicas podem ser consideradas todas aquelas a que o ser humano deve ter acesso para sobreviver com decência, suprimindo as suas necessidades fisiológicas e mentais e são consideradas objetivas e universais. Passam pelo acesso a comida, roupa, saúde, casa e segurança. Desta forma, toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade, e qualquer ser humano possui necessidades comuns que motivam o seu comportamento. Para que se possa conquistar o seguinte patamar de necessidades, o patamar imediatamente mínimo deve ser alcançado em relação as necessidades básicas. Nas necessidades ao nível mais básico temos as fisiológicas, como a nutrição, a hidratação, a higiene pessoal e envolvente, atividade física regular, etc.

Por tanto, Siqueira, Piccirillo (2009, p.1) direitos humanos são esclarecidos da seguinte forma:

Pode-se perceber que os direitos reconhecidos   pessoa humana independentemente de sua capacidade, de seu caráter, ou de suas preferências pessoais, sejam elas religiosas, ideológicas, partidárias, sexuais, ou de qualquer outra espécie, são frutos de uma longa evolu o histórica. Não se pode acreditar, como os autores contratualistas que tais direitos são anteriores a própria organiza o social, ou seja, elas não estiveram sempre presentes nas civiliza es humanas, mas foram aparecendo aos poucos até que tornaram-se consensuais.

O Brasil   um país enorme, como várias etnias, culturas, com uma popula o gigantesca que tinha tudo para figurar entre os primeiros. O Brasil   rico em recursos naturais, mais com impostos extremamente caros, que o cidadão paga quase sem ter condi o, mas não recebe o que lhe   de direito. Um país em que reina em desigualdade social, que a classe mais baixa   muito desvalorizada e que desta forma gera violência e todo tipo de problema. E o onde a corrup o em quase todos os setores públicos prejudica cada vez mais o desenvolvimento do país.

Deste modo José, (2008, p.1) demonstra como realmente   a corrup o no país:

Quanto   probabilidade de ocorrer puni o proporcional ao crime praticado, ela continua perto de zero. Um dos instrumentos para investigar a corrup o e punir os autores, as CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito – têm

produzido poucos resultados, seja pelas limitações impostas pelos interesses pela política, seja devido ao espírito corporativista. Servem mais como palco para estrelismos do que propriamente para a investigação concreta.

Nosso país tem de mudar, mesmo que com dificuldade, como Moro (2015, p.1) expõe:

O fato é que a corrupção sistêmica não vai ceder facilmente. Deve ser encarada da forma apropriada, não como um fato da natureza, mas como um mal a ser combatido por todos. Os tempos atuais oferecem uma oportunidade de mudança, o que exige a adoção, pela iniciativa privada e pela sociedade civil organizada, de uma posição de repúdio à propina, e, pelo Poder Público, de iniciativas concretas e reais, algum ativismo é bem-vindo, para a reforma e o fortalecimento de nossas instituições contra a corrupção. Milhões já foram às ruas protestar contra a corrupção, mas não surgiram respostas institucionais relevantes.

Neste intuito devemos rever todos esses problemas para que se tenha possibilidade de diminuir a violência, que como foi dito anteriormente está principalmente ligada à saúde, educação, moradia e etc. Mesmo que não seja a solução, mesmo que não seja uma mediada que tenha o objetivo imediato, que a redução da violência, a melhor maneira é a sociedade melhorar como um todo, não somente reduzindo a violência do jovem, mas também qualquer tipo da mesma, pois se “o mal for cortado pela raiz” podemos ver com certeza uma grande mudança na criminalidade.

Nosso País nunca vai ficar livre da corrupção, mais que pelo menos houvesse uma redução, pois os que são mais afetados são as classes baixas da sociedade, e afetando principalmente ao jovem que recorre a crime sem nenhuma escolha. Está é única forma de haver um país mais igualitário, sem distinção de raças ou situação econômica, sem qualquer tipo de desigualdade social.

Desta forma, a melhor maneira de conseguir é diminui a violência é tentar mudar a saúde, uma melhor distribuição de renda, educação com qualidade para os jovens, reduzir o desemprego, fome, miséria o que contribui para a desigualdade social. Combater as drogas, acabar com a impunidade dos corruptos, e a educação o ponto inicial para que o jovem tenha a chance de demonstrar que podem ser o futuro de nosso país.

Conclusão

Diante de tudo que foi exposto, o principal fator, gerador da violência em relação aos jovens, é justamente a falta de recursos necessários na sociedade em que vive. Por falta de educação, saúde e oportunidade, o jovem é cada vez mais, levado à optar, por não haver escolha, mergulhar em um mundo sem lei ou regras em que não haverá volta.

O governo tem o poder para agir, mas na maioria das vezes é um grande descaso com a parte pobre da população. A corrupção é prejudicial a todos, mais o pobre é quem acaba sentindo mais, influenciando não em todos os casos, mais em grande parte a violência.

A solução ou pelo menos grande parte dela, é sim a mudança e a inserção de um meio de vida satisfatório e assim poderemos diminuir consideravelmente parte da violência, principalmente entre os jovens, pois o meio em que o jovem vive, é fator determinante para seu caráter.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Demaceno, A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro disponível

em:<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acessado em: 09/06/2016

BARROS, Cícero, Professore de Filosofia, Solução para combater a violência está na educação e não a redução da maioria penal, 2015, p.1, disponível em:<http://www.analiseagora.com/2015/04/solucao-para-combater-violencia-esta-na.html>. Acessado em: 09/06/2016

BENGE, Casimira, Reduzir maioria penal pode agravar a violência, disponível em:<http://www.cartacapital.com.br/blogs/cartas-da-esplanada/201creduzir-maioridade-nao-e-solucao-ao-contrario-pode-agravar-a-violencia-1439.html>. Acessado em: 11/09/2015

CONSTANTINO, Rodrigo, Revista Veja, disponível em:
<http://veja.abril.com.br/blog/rodrigo-constantino/educacao/menos-escolas-mais-prisoas/>. Acessado em: 25/09/2015

DOROTEU, Leandro Rodrigues. A exclusão social, uma afronta aos Direitos Humanos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, junho 2012, disponível em:http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11816. Acessado em : 25/09/2015.

Estatuto da Criança e do Adolescente, disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acessado em: 11/09/2015

JOSÉ, Leonardo, A corrup o no Brasil: um crime sem castigo, disponível

em:<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/a-corrupcao-no-brasil-um-crime-sem-castigo/23330/>. Acessado em : 09/06/2016

LIMA, Aldo Corrêa, Da imputabilidade Penal, disponível em:

<https://aldoadv.wordpress.com/2009/12/13/da-imputabilidade-penal/>Acessado em : 30/05/2016

LIMA, Emanuel, A Triste Realidade da Saúde Pública, 2015, p.1 disponível

em:<http://emanuellimabto.jusbrasil.com.br/artigos/241825250/a-triste-realidade-da-saude-publica>. Acessado em: 09/06/2016

MORO, Sérgio Fernando, Artigo: 'Caminhos para reduzir a corrup o' disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/artigo-caminhos-para-reduzir-corrupcao-por-sergio-moro-17684788>.

Acessado em: 09/06/2016

NUCCI, Guilherme de Souza, já escreveu (in Manual de Processo Penal – 2  Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais 2006, p. 949. Acessado em : 09/09/2015

PELLEGRINI, Luís, A violência nas escolas reproduz a violência na sociedade, disponível em:

www.brasil247.com/pt/247/revista_oasis/140608/Viol%C3%AAncia-nas-escolas-ela-reproduz-as-loucuras-da-nossa-sociedade.htm.Acessado em: 25/09/2015

ROCHA, Sidnei Bonfim da. A redução da maioria penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n.112, maio 2013, disponível em:http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13332&revista_caderno=12.%20Acessado%2011/09/2015. Acessado em: 11/09/2015

SALLES, Leila Maria Ferreira, Infância e adolescência na sociedade contemporânea: alguns apontamentos, Disponível em:www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2005000100005. Acessado em: 25/09/2015

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009, disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414. Acessado 25/09/2015

TONCHIS, Luiz Claudio Jornal GGN, [Violência na escola e suas consequências](#), Disponível em:

jornalgggn.com.br/blog/luisnassif/violencia-na-escola-e-suas-consequencias. Acessado em: 25/09/2015

Vade Mecum, Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti, 17^a.ed atual e ampl. 2014

VASCONCELOS Diego Santos de; QUEIROZ Ruth Fabrícia de Figueiroa; CALIXTO Gerlania Araujo de Medeiros, A precariedade no sistema penitenciário brasileiro, disponível em: www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10363&n_link=revista_artigos_leitura Acessado em: 25/09/2015.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NÃO É CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE

FRANK TOSHINOBU TANAKA: Acadêmico do Curso de Direito do 9º Semestre da Universidade Camilo Castelo Branco - Campus Fernandópolis/SP.

Resumo: O presente artigo trás em pauta a discussão sobre o tema redução da maioridade penal, bem como a diminuição da criminalidade, cumpre observar que muitas foram às propostas para que haja a redução da menoridade penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesseis) anos, é importante ressaltar, há até hoje apenas discussões referentes à idade penal, e esquece-se de outros temas envolventes e de grande importância. Como ficariam os jovens julgados por seus delitos, e posto frente ao sistema prisional falido em que temos atualmente em nosso país? Com certeza sairiam muito mais experiente na prática criminosa do que entrou, pois ficaria a mercê de criminosos de grande periculosidade. Logo, não resolve os problemas com a criminalidade. Políticas públicas devem ser criadas para evitar que jovens comecem na vida criminosa. Portanto, reduzir a maioridade penal não resolve o problema da criminalidade em si, haja vista que está tratando somente o feito e não a causa.

Palavras – Chave: Maioridade; Inimputabilidade; Retrocesso Social;

Abstract: This item back on the agenda the discussion on the topic lowering the penal age and the reduction of crime, it should be noted that there were many proposals to have a reduction in criminal minority from eighteen to sixteen years, it is important for today only discussions regarding the criminal age, and forget other surrounding

issues of great importance. How would the youth tried for his crimes, and put forward the prison system failed in that we currently have in our country, surely would come out much more experienced in the practice of criminal entered, as would be at the mercy of highly dangerous criminals? Soon, does not solve problems with crime. Public policies should be designed to prevent young people from starting in the criminal life. Therefore reduce the criminal majority does not solve the problem of crime in itself, given that only treating the case and not the cause.

Key - words: Majority; Nonimputability; Social setback;

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo teve como base de estudo a redução da criminalidade penal como causa da redução da criminalidade, em que pese uma análise do sistema jurídico vigente no Brasil.

Trata-se de um tema polêmico, e muito divergente, mais nunca se chega a uma conclusão, pois a discussão não passa apenas em manter ou diminuir a idade penal de 18 anos, deixando de lado suas consequências.

Reduzir a maioria penal é eximir o Estado de suas responsabilidades com o jovem, porque ao invés de colocar em prática as leis existentes, prefere criar polemicas para desviar o foco de questões mais urgentes, principalmente no que diz respeito à educação e a saúde.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro nas questões referentes aos crimes cometidos por menores. Se seguido conforme está escrito, a situação atual do país seria diferente.

A sociedade tem uma visão distorcida do Estatuto da Criança e do Adolescente, ele não trás impunidade ao jovem infrator, pelo

contrário, ele é responsável por penalizar através de medidas sócio-educativas os crimes cometidos por menores.

Resta saber, que o Estado tem o dever de assegurar todas as condições e garantias para que as crianças e adolescentes tenham sadia qualidade de vida, priorizando o bem comum.

Por fim, cumpre dizer que a redução da maioridade penal não é causa de solução para a diminuição da criminalidade, seria apenas uma maneira do Estado empurrar a sujeira para debaixo do tapete, sem solucionar de fato o problema. Buscar alternativas para reinserir esse jovem na sociedade é a melhor maneira de se evitar futuros problemas e uma degradação social ainda maior.

2 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NÃO É CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE

2.1 Redução da Maioridade Penal e a Legislação atual e Questões Sociais

A priori cumpre destacar que redução da maioridade penal é uma questão muito discutida no Brasil há vários anos, principalmente diante de mídia sensacionalista em momento de

comoção nacional, todas as vezes que a mídia trás questões em que menores de idade estão envolvidos vem à tona toda a problemática em que envolve essas questões.

Vários são os projetos de alteração na lei, uma vez que a maioridade penal se reputa aos 18 anos completos, cumpre se disser que antes de qualquer alteração na lei, deve se levar em conta várias questões pertinentes ao caso concreto. Visto que a problemática da criminalidade no Brasil deveria ser tratada como umas das prioridades do Estado, a redução da maioridade penal, apenas será uma forma de mascarar a sociedade em que vivemos, ou seja, varrer o lixo para baixo do tapete, pois é mais fácil punir um adolescente infrator, do que de fato estudar medidas para que os delitos sejam evitados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado pela Lei 8069/90, com a finalidade de substituir o Código de Menores de 1979, instituído para garantir a aqueles jovens infratores

uma proteção integral do Estado, onde se criou medidas para que esses jovens fossem reinseridos na sociedade.

A partir de então aquele jovem infrator receberia medidas sócio-educativas, visto que seria a medida mais eficaz para a regeneração social, do que simplesmente colocá-lo em uma prisão.

Tal medida estabelecida uma vez que o jovem ainda está em plena formação de sua personalidade e mais fácil seria a sua ressocialização.

Insta destacar a definição de SANTIAGO sobre o que se entende por adolescente:

Adolescentes são pessoas ainda em formação, cuja estrutura física e psíquica não atingiu sua plenitude, bem como sua personalidade. Sendo assim, são pessoas especiais que merecem a criação de uma justiça especializada, diferenciada daquela utilizada para adultos, haja vista, suas diferenças. Como seres especiais, cuja personalidade, intelecto, caráter estão ainda em formação, tarefa de redirecioná-los é mais branda e menos trabalhosa, pois são mais suscetíveis em assimilar as ditas orientações.

O ECA tem como princípio basilar, o da proteção integral, visa assegurar os direitos e as garantias individuais das crianças e dos adolescentes assegurando o respeito e condições essenciais.

Insta ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente já tem sua função de punir aquele adolescente que comete crimes, mais que na realidade está apenas no papel, o Estado não o cumpre

como deveria fazer. As medidas incluídas no ECA, se respeitadas e cumpridas conforme estabelecida, não precisaria hoje perder tempo com discussões que nunca passam de apenas discussões no Senado e no Congresso.

No que tange as questões processuais nas questões referentes à redução da maioria penal, cumpre se assegurar que é muito divergente entre doutrinadores, uma vez que enquanto alguns alegam a inconstitucionalidade da redução, outros são favoráveis e alegam que é constitucional a Emenda que altera o dispositivo constitucional.

O art. 228 da Constituição Federal rege que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Muitos confundem a expressão inimputável com impunidade. Cabe observar que inimputável quer dizer que o indivíduo não pode sofrer sanções penais, por ser menor de idade, o que não

o deixa impune, uma vez que está sujeito as sanções estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A corrente jurídica minoritária assevera que este dispositivo constitucional, pode sofrer alteração por meio de Emenda Constitucional, visto que não se trata de cláusula pétrea e permite modificações.

Já para a maioria dos doutrinadores, alterar esse dispositivo constitucional afrontaria os direitos e garantias individuais das crianças e dos adolescentes. Sendo importante destacar o artigo 227 da Constituição Federal.

Como visto, cabe a família e ao Estado assegurar medidas para que as garantias constitucionais das crianças e dos adolescentes sejam mantidas. O aumento da criminalidade praticada por crianças e adolescente nada mais é do que a escassez de políticas nos

investimentos na educação, e na realização de políticas preventivas contra a criminalidade.

Nesse sentido o Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, JOSÉ HEITOR DOS SANTOS aduz que:

Ora, quem está em situação irregular não é a criança ou o adolescente, mas o Estado, que não cumpre suas políticas sociais básicas; a Família, que não tem estrutura e abandona a criança; os pais que descumprem os deveres do pátrio poder; a Sociedade, que não exige do Poder Público a execução de políticas públicas sociais dirigidas às crianças e aos adolescentes.

Muitas crianças são abandonadas por seus familiares, ou até mesmo deixadas sozinhas em casa, pois os pais precisam trabalhar e essas crianças muitas vezes ficam nas ruas até que seus pais retornem do trabalho, desta forma sendo expostos a situações de risco, sujeitos a criminalidade. Esse pode ser um dos fatores que induzem os jovens a criminalidade.

Nesse sentido SAUAIA nos ensina que:

Na medida em que falamos de uma pessoa que vive em um ambiente que comporta outra noção de moral. A criança, até certa idade, é amoral. Ela só forma a característica a partir dos exemplos existentes nas sociedades menores ou mais próximas, como família, escola, vizinhança... Crianças que vivem em ambientes onde os limites não são tão claros, são pouco nítidos, ou são distorcidos têm dificuldade de encontrar os limites morais do que é certo e do que é errado.

É importante observar que o ambiente em que a criança ou o jovem vive tem grande influência no desenvolvimento da sua

personalidade que ainda está em formação, é responsabilidade dos pais a educação dos filhos, mais dever do Estado assegurar medidas de proteção, visando à garantia e o bem-estar da criança e do adolescente.

MIRABETE (2007, p. 217) ressalta que:

A redução da maioridade penal não é a solução para os problemas derivados da criminalidade infantil, visto que o cerne do problema da criminalidade se reluz em decorrência das condições socialmente degradantes e economicamente opressivas que expõe enorme contingente de crianças e adolescentes, em nosso país, à situação de injusta marginalidade social.

Tendo em vista que, o jovem mesmo tendo consciência de seus atos ilícitos não pode ser igualado ao adulto que comete um ato criminoso, pois, esses adultos já possuem personalidade inteiramente formada, enquanto aquele ainda se encontra em fase de formação.

Por tanto, é necessário que o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha uma real efetividade frente aos problemas que devastam a sociedade como um todo.

2.3 A Redução da Menoridade Penal e o Sistema Prisional Brasileiro

O código Penal no artigo 27 “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Assim os delitos cometidos por menores de 18 anos que devem ser julgados conforme lei especial, ou seja, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Instituído pela Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, trás consigo um rol de medidas socioeducativas que

devem ser aplicadas contra aqueles jovens infratores entre elas a prestação de serviços à comunidade, semelhante a uma das espécies de pena alternativa, e o regime de semiliberdade, ou a internação, que se assemelham às penas privativas de liberdade.

O ECA foi criado para garantir a proteção da criança e do adolescente, vale informar que apenas maiores de 12 anos podem sofrer sanções socioeducativas. Não proibiu a possibilidade de ser aplicada alguma pena, até mesmo que internação, apenas afastou a possibilidade do menor ser jogado em uma ambiente prisional com outros detentos com idade superior a 18 anos, diante do sistema prisional brasileiro falido e super lotado, é necessário entender os ensinamentos de JOSÉ SANTIAGO, sobre o sistema prisional brasileiro:

No entanto, a sociedade, erroneamente, tenta se acautelar, retirando do convívio social os delinqüentes, excluindo-os e colocando em verdadeiras masmorras imundas fazendo com que prospere o sentimento de vingança e de punição, aspirando com isso, que o sentenciado não venha novamente a delinqüir. Entretanto, deve-se lembrar que as penas não são perpétuas, ainda mais na esfera minorista, pois a medida de extrema internação não pode exceder a três anos (artigo 121 do ECA). Assim, fatalmente, o delinqüente não curado e não readaptado voltará à liberdade um dia e se no período em que esteve cumprindo sua reprimenda, não fora bem trabalhado e tratado, fatalmente irá rescindir nos erros do passado, voltando a causar danos à sociedade.

Conforme mencionado acima o artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, fixa o tempo máximo de internação do jovem infrator, *in verbs*:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; (...) Parágrafo 3º- Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos. (...) Parágrafo 5º-A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

O referido artigo estabelece o tempo máximo de internação de três anos, o que se faz necessário entender que caso o jovem infrator cometa um crime grave antes de completar dezoito anos, e o juiz entender que o jovem infrator não se regenerou ele poderá estender essa

pena por mais três anos, até que o mesmo atinja a idade de 21 anos, onde será posto em liberdade, por força da lei.

GONZÁLEZ aduz sobre a responsabilidade do Estado no que diz respeito à fixação do limite máximo de internação de jovens infratores:

Estes argumentos não devem fazer esquecer a responsabilidade do Estado: para que é necessário este período de privação de liberdade? Para que o jovem possa refletir sobre seus atos, sendo preparado para a saída com formação educacional e o apoio psicológico necessário. Sua função não é causar sofrimento ao internado. Se o Estado foi incapaz de cumprir sua obrigação em três anos, tempo que a maioria dos profissionais do campo da psicologia consideraria adequada, por que este período deve ser aumentado?

O desconhecimento por parte da sociedade, em relação ao ECA, faz crer que o mesmo traz impunidade ao menor infrator, mas

o ECA é reconhecido internacionalmente, inclusive por órgãos de proteção a Criança e ao Adolescente, como uma das leis mais avançadas. Porém, devido ao descaso do Estado ou por resistência social, ainda não foi implantado totalmente.

Há falta de delegacia especializada, pois se trata de um juizado especial, e na maioria das cidades ou quase todas não possuem estabelecimentos próprios para esclarecer e aprisionar o jovem infrator.

Por muitas vezes jovens que cometeram crimes de menores potenciais ofensivos, ficam juntos com jovens que cometeram crimes graves, como por exemplo, homicídio, assim sendo impossível sua regeneração.

Portanto pode afirmar que, diante de toda a legislação pertinente em que o menor de dezoito anos que comete delitos, o mesmo não permanece impune, pois tem legislação específica para punir o ato.

As políticas dentro desses centros são como as do sistema prisional, falida e sem condições de ressocialização.

O principal questionamento é aumentar as penas, ou simplesmente trancar um adolescente no sistema carcerário falido brasileiro, haveria uma redução na criminalidade no Brasil?

Diante de tal fato insta observar que de nada vale reduzir a maioria penal, pois as leis no nosso país infelizmente não são cumpridas como o rigor que é estabelecido, as brechas nas leis deixam cada vez mais crimes impunes, aumentar as penas, mais não criar políticas para erradicar os crimes, de nada adiantaria.

Nesse diapasão o desembargador NUCCI relata que a redução da maioria penal não reduz a criminalidade, por se tratar de uma medida ineficaz, a seguir vejamos:

Sob o ângulo da política criminal, não tem cabimento. Tendo em vista que os presídios se encontram superlotados para os maiores de 18 anos, a redução da idade penal implicaria, em particular ao Poder Executivo, maiores gastos com a ampliação do número de vagas, misturando-se adolescentes com adultos, muitos dos quais possuidores de penas muito elevadas. A contar com o descaso havido há anos em relação aos estabelecimentos penais no Brasil, tal solução está distante de se realizar.

O Estado perdeu o poder de polícia, perdeu a autoridade sob determinadas situações, principalmente nas questões de crimes organizados, onde, cada vez mais cedo jovens são recrutados para prestar serviços aos membros dessas organizações criminosas. Na realidade o Estado deve buscar medidas para coibir qualquer ação criminosa, ao invés de ficar tentando buscar soluções que apenas vai maquiar os problemas com a criminalidade e não de fato resolver o problema.

VOLPI, membro integrante da Unicef Brasil, relata em seu artigo reduzir maioria penal é o mesmo que quebrar o termômetro para baixar a febre, que:

O envio de adolescentes para o sistema carcerário de adultos, além de não ser uma solução, vai resultar em problemas ainda maiores, tais como: a participação definitiva de adolescentes em grupos do crime organizado infiltrados nesse sistema; a falta de oportunidades para concluir estudos e obter uma profissão; a ausência de apoio terapêutico para reverter seu comportamento infrator; a aprendizagem da cultura do delito pela convivência intensa com a experiência do universo adulto.

E arremata dizendo que:

[...] está no desenvolvimento de projetos com pequenos grupos de adolescentes, baseados em atividades pedagógicas e terapêuticas que os ajudem a reorganizar sua vida sem a prática de delitos. Projetos bem estruturados, diz o especialista, conseguem recuperar adolescentes em menos de três anos.

Seguindo essa premissa insta apontar alguns problemas que a sociedade em si passará enfrentar diante de tal redu o.

Com a redu o da maioria penal, os jovens ficarão cada vez mais cedo   mercê de algumas drogas que até a maioria são proibidas e tidas como praticas delituosas, são elas: o consumo de bebidas alcoólicas, e o uso do tabaco. Pesquisas apontam cada vez mais cedo o consumo de bebidas alcoólicas entre os adolescentes, uma vez que além de trazer danos   saúde física, muitos delitos são praticados sobre efeito do mesmo.

Outra problemática seria os acidentes de trânsitos, visto que a maioria dos acidentes são causados por jovens, e com essa redu o passam a ter o direito a tirar a Carteira de Habilita o mais cedo.

A explora o sexual, visto que a pratica de ato sexual com menor   crime, sendo assim, passa a ter maior liberdade, pois a redu o de certa forma influenciaria na pratica sexual, e até mesmo na explora o sexual de crianças e adolescente.

Importante destacar as palavras de FREIXE, em seu excelente artigo sobre com o tema Redu o da Maioridade Penal: Punir   a soluço? Abaixo vejamos:

O que a gente precisa fazer   lutar por um país que garanta a todos o que a Constitui o da República, em seu artigo 6 , diz que   direito de

todos, e não apenas dos que podem pagar: “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Um país que ao invés de prender mais, consiga substituir o medo pela esperança, a raiva pela solidariedade, a intolerância pelo respeito, a desigualdade pela diferença. É daí que virá a paz que todos queremos, e não do medo de cada um de ficar mais tempo preso ou de sofrer penalidades maiores.

Partindo para o lado da psicologia, estudos apontam que a adolescência é a fase em que há o desenvolvimento físico e psicológico, é um período de formação e de transformações no caráter do ser humano, por isso é de extrema importância a educação na vida das crianças e dos adolescentes, pois a uma preparação para a vida social e visando o desenvolvimento físico, emocional.

Ainda relacionado ao tema foi publicado em um site jurídico, uma pesquisa realizada nos países em que reduziram a maioria penal, não houve alterações nas estatísticas de criminalidade. Destarte que, a redução da maioria não está diretamente ligada à criminalidade. É notório que cada vez mais, jovens, estão mais cedo praticando delitos, lei específica para punir esses atos já tem, basta que o Estado cumpra com sua função e execute como deveria essas leis.

Logo, a redução da maioria penal seria um retrocesso social, todavia contraria a própria Constituição Federal, tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil.

Interessante destacar que a redução da maioria penal não traz benefícios nenhum a sociedade, apenas está tratando o efeito e não a causa, a partir do momento que o adolescente ficar

trancafiado junto com delinquentes adultos, passará a se especializar cada vez mais em atos criminosos.

Insta observar que o sistema prisional brasileiro é falido, todos os centros carcerários estão super lotados e por muitas vezes o tratamento é desumano, desta forma não é possível afirmar se o indivíduo sai regenerado ou totalmente pior do que entrou, tornando a convivência social impossível, uma vez que voltará a cometer novos delitos.

Cabe então estudar e analisar as políticas carcerárias no Brasil e em outros países, para então chegar a uma conclusão mais precisa de como seria a redução da maioria penal no âmbito carcerário.

O Estatuto da Criança e do Adolescente visa assegurar os direitos e as garantias das crianças e dos adolescentes, desta forma, busca a proteção em situação de perigo e a punição quando cometem infrações.

Importante ressaltar que está alicerçado na Constituição Federal o dever do Estado promover políticas públicas para a proteção dos menores, os artigos que envolvem questões dos menores na Constituição Federal são tidos como clausula pétrea e não pode sofrer alterações por meio de Emendas, desta forma de plano as mudanças nas questões da maioria penal seria de plano inconstitucional.

Recentemente a Organização das Nações Unidas publicou um texto referente às questões da redução da maioria penal, *in verbs*:

A redução da maioria penal opera em sentido contrário à normativa internacional e às medidas necessárias para o fortalecimento das trajetórias de adolescentes e jovens, representando um retrocesso aos direitos humanos, à justiça social e ao desenvolvimento

socioeconômico do país. Salienta-se, ainda, que se as infrações cometidas por adolescentes e jovens forem tratadas exclusivamente como uma questão de segurança pública e não como um indicador de restrição de acesso a direitos fundamentais, o problema da violência no Brasil poderá ser agravado, com graves consequências no presente e futuro.

A redução da menoridade penal, não é a solução dos problemas de criminalidade, uma vez que inseridos no sistema prisional, juntamente com outros presos, estes seriam aliciados, estuprados e convencidos a participar de facções especializadas em crimes, pois estariam junto com criminosos que são experientes no mundo criminoso.

Insta observar que, com a redução da maioridade penal o Estado estaria se eximindo de suas responsabilidades essenciais, cabe observar a educação e a saúde atual do país. Com uma educação cada vez mais precária, com pouco ou quase zero de investimento. Se o estado fizesse mais investimentos na educação, buscando técnicas melhores de ensino em que os jovens ficassem estimulados a aprender não só o básico, mais técnicas profissionalizantes, ou idiomas, para que saíssem do ensino médio prontos para o mercado de trabalho, poderia neste caso ser uma das formas da redução da criminalidade juvenil.

Seguindo essa premissa MORAIS, em seu artigo sobre a Redução da Maioridade Penal: Efeitos de sua Aplicação no Brasil, nos ensina que:

É de conhecimento geral que as verdadeiras causas da violência são as desigualdades sociais, a concentração de renda e a insuficiência das políticas públicas. Assim como o fato de que tais fatores não se resolvem com a adoção de leis penais mais severas e sim

exigem medidas capazes de romper com a banalização da violência e seu ciclo perverso. A verdadeira saída são as medidas de natureza social e a educação, que reiteradamente tem demonstrado sua potencialidade para diminuir a vulnerabilidade de centenas de crianças e adolescentes ao crime e à violência.

O Estado também deveria promover uma sociedade justa, onde todos fossem tratados com igualdade, estudos apontam que um dos fatores da criminalidade é a busca da ostentação por produtos da moda, pois vivemos em uma sociedade cada vez mais consumista, com produtos de marcas e tecnológicos, a maioria dos adolescentes que são inseridos no mundo delituoso são de família pobres e sem oportunidades melhores de crescimento social. Neste caso, esses adolescentes nada mais são do que uma vítima da sociedade medíocre em que vivemos.

Já nos casos de delitos graves, como no caso de homicídio, a punição deverá ser analisada pelo juiz conforme o caso concreto, a punição maior deve ser para aquele que alicia e que influencia o menor a cometer o crime.

Em um artigo publicado na internet o estudante de direito ROQUE descreve sua opinião sobre o encarceramento do menor infrator, a seguir vejamos:

Seria muito simples e fácil se a enorme violência no Brasil fosse resolvida com mais punição e encarceramento, mas não é. Se aceitarmos punir os adolescentes da mesma forma como fazemos com os adultos, estaremos admitindo que paguem pela ineficácia do estado, que não cumpriu a lei e não lhes deu a proteção constitucional que é de seu direito. A prisão é hipócrita, afirmando que retirar o menor infrator da sociedade com a intenção de sociabilizá-lo,

segregando-o, para depois reintegrá-lo. Com a redução da menoridade penal, o nosso sistema penitenciário entrará em colapso. 85% dos menores em conflito com a lei praticam delitos contra o patrimônio ou por atuarem no tráfico de drogas. Somente 15% estão internados por atentarem contra a vida. Afirmar que os adolescentes não são punidos ou responsabilizados é permitir que a mentira, tantas vezes dita se voltem como verdade, pois não é, o ECA que provoca a impunidade, mais a falta de ação do estado. Ao contrário do que muitos pensam hoje em dia os adolescentes infratores são punidos com muito mais rigor do que os adultos.

Faz-se necessário aplicar o Estatuto da Criança e do Adolescente de forma precisa, haja vista que nele está inserido diversas medidas socioeducativas que tem como eixo central responsabilizar o jovem por seus atos, mais não uma maneira de punir e sim de fazê-lo analisar seus atos.

Muitos criticam o ECA, mais o Estado não o cumpre da forma correta, e a mídia sensacionalista brasileira influencia na sociedade, fazendo entender que encarcerar o jovem infrator seria uma punição mais correta, mais pouco se observa que saem pior do que entram, sem contar que lá dentro podem sair mais preparado para a vida criminosa, até mesmo obrigados a entrar para o crime organizado.

Portanto, cumpre destacar que o sistema prisional brasileiro é falho e foge da sua real finalidade, que nada mais e do que possibilitar a ressocialização e a inserção do indivíduo novamente em sociedade, e que na realidade se torna muitas vezes escolas dos crimes, a partir de então nos cabe analisar, mandar os adolescentes infratores para prisão diminuiria a criminalidade, haja vista que, o adolescente ainda não tem seu desenvolvimento físico

e mental formado, estando dessa forma muito mais vulneráveis a voltar a praticar crimes.

LEOBERTO nos explica seu ponto de vista no que diz respeito   redu o da maioria penal e o sistema prisional brasileiro, vejamos:

A degrada o humana e o contágio violento, promovidos pelo sistema penitenciário atual já prenunciam o que iremos enfrentar com o encarceramento precoce dos adolescentes infratores. O recrudescimento da violência será exponencial, e não apenas proporcional ao número de novos presidiários. O agravamento virá da amplia o da boca do funil etário da massa carcerária e da definitiva estrutura o de transtornos de personalidades antissociais que, atualmente, ainda vêm sendo revertidas ou têm seus danos minimizados pela interven o das medidas socioeducativas.

Se o Estado cumprir seus deveres conforme manda a nossa Carta Magna, estudar e instituir melhor as formas de governo, no que diz respeito aos investimentos na saúde e na educa o, promover o bem-estar social para diminuir as desigualdades sociais, a partir de então as taxas de criminalidade praticadas por menores infratores diminuiriam.

O que quer dizer com tudo isso   que o Estado e a sociedade antes de tomar qualquer decisão acerca da redu o da maioria penal deve fazer uma análise minuciosa e severa sobre o sistema prisional brasileiro, porque   melhor investir em educa o, pensando num futuro e num país melhor, do que ter que investir recursos para a constru o de novos sistemas carcerários, ou como dito, anteriormente, “escolas de aperfei amento em crimes”.

3 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo apresentar o contextual atual da redução da maioria penal como causa da redução da criminalidade. O tema em pauta é muito divergente entre a sociedade e até mesmo entre os legisladores, não havendo a possibilidade de consenso comum.

Destarte que por muitas vezes houve a tentativa de alteração na legislação para a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, mais até os dias atuais, não se chegaram a nenhuma conclusão. Todas as vezes que acontece algum crime envolvendo menores e tem repercussão nacional através da mídia, há uma comoção nacional, e se levanta a questão da redução da maioria.

Como descrito no desenvolvimento deste trabalho, leis específicas que tratam as questões em que envolvem menores já estão alicerçadas no ordenamento jurídico brasileiro, o que falta é o Estado as executar conforme está prescrito. Seja por omissão do Estado ou por resistência da sociedade, o Estatuto da Criança e do Adolescente não é executado, dando a sensação de impunidade.

Todavia de nada adiantaria reduzir a maioria penal, se as leis não são cumpridas com o rigor que é estabelecido.

O que deve ser revisto são as políticas públicas nas questões referentes a educação e a saúde, que visam o bem-estar da sociedade. Investir em segurança pública, onde todos possam viver sem medo.

Portanto, o que se pode afirmar é que a redução da maioria penal não resolve o problema da criminalidade, o que de fato diminuiria a criminalidade seria a criação de políticas de prevenção e não simplesmente só a punição, previr ainda é a melhor forma de se evitar grandes problemas.

Contudo, é sabido que o sistema prisional brasileiro é falido e precário, inserir o adolescente infrator nesse sistema prisional, de nada adiantaria, uma vez que seria impossível a regeneração e sua

reintegra o na sociedade, logo a convivência junto com criminosos de alta periculosidade e sairiam mais experientes em praticar crimes.

  necessário ainda entender que o presente estudo, não objetiva trazer uma soluço para o problema, mas sim oferecer elementos para a reflexão a cerca da redu o da menoridade penal como causa de redu o da criminalidade, uma vez que   um tema de muita relevância na área jurídica e para a sociedade, e sempre tr s muita divergência e divisão de opinião.

BIBLIOGRAFIA

BRANCHER, Leoberto. **Idade Penal: Melhor ampliar do que reduzir.** Disponível em:<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=269>> Acesso em: 09 de setembro de 2015.

FREIXO, Marcelo. **Redu o da Maioridade Penal: Punir   a soluço?**.Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/idade_penal/cartilhatodainternet.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2015.

GONZÁLEZ, Rodrigo. **A inimputabilidade penal do adolescente: Controvérsias sobre a idade.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2256 . Acesso em: 18 setembro de 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 25^a ed., rev. e atual. São Paulo: editora Atlas, 2007.

MORAIS, Samuel. **Da Redu o da Maioridade Penal: Efeitos de sua Aplic o no Brasil.** Disponível em:<http://samueldmjr.jusbrasil.com.br/artigos/180141001/parte-5-da-reducao-da-maioridade-penal-efeitos-de-sua-aplicacao-no-brasil>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

NUCCI, Guilherme. Redução da maioria penal não reduz criminalidade.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/reducao-maioridade-penal-nao-reduz-criminalidade-afirma-nucci>>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

ONUBR, Nações Unidas do Brasil. **ADOLESCÊNCIA, JUVENTUDE E REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/06/Position-paper-Maioridade-penal-1.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2015.

ROQUE, Diego, **Com a Redução da Maioridade Penal, o nosso Sistema Penitenciário entrará em Colapso**. Disponível em: http://diegoroque3133.jusbrasil.com.br/artigos/229869154/com-a-reducao-da-maioridade-penal-o-nosso-sistema-penitenciario-entrara-em-colapso?ref=topic_feed). Acesso em 24 de agosto de 2015.

SAUAIA, Leonardo. **Aplicação de Leis requer diálogo entre direito e a Ciência**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-ago-06/aplicacao_lei_requer_dialogo_entre_direito_ciencia. Acesso em: 16 de setembro de 2015.

SANTIAGO, José Cordeiro. **Reflexões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1644>>. Acesso em: 13 de setembro de 2015.

SANTOS, José Heitor dos. **Redução da Maioridade Penal**. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id102.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

VOLPI, Mário. **Reduzir maioria penal é o mesmo que quebrar o termômetro para baixar a febre**. Disponível em: <http://acertodecontas.blog.br/artigos/reduzir-maioridade-penal-o-mesmo-que-quebrar-o-termometro-para-baixar-a-febre/>. Acesso em 23 de agosto de 2015.

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO ERRO MÉDICO

RODOLPHO HENRIQUE DA COSTA: Estudante do Curso de Direito, na universidade Camilo Castelo Branco, Campus Fernandópolis-SP.

Professora orientadora:
THALITA TOFFOLI PAES^[1]

RESUMO: O estudo objetiva discutir a possibilidade de responsabilização do médico pela perda de uma chance quando houver erro de seu diagnóstico. Do método dedutivo, avalia-se os preceitos gerais da responsabilidade civil médica e do erro de diagnóstico, bem, da perda da chance para chegar à análise de aspectos de diferentes sobre ambos os assuntos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Médico. Erro de diagnóstico. Perda de uma chance. Prognóstico. Negligência. Imperícia.

ABSTRACT: The study aims to discuss the possibility of accountability of the doctor for the loss of a chance when there is an error of diagnosis. The deductive method, evaluates the general principles of medical liability and misdiagnosis, well, the loss of the chance to get to the analysis of aspects of different on both subjects.

Keywords: Civil liability. Doctor. Diagnostic Error. Loss of a chance. Prognosis. Negligence. Malpractice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da Responsabilidade Civil. 3. Da Culpa Médica, erro médico profissional. 4. Do erro de diagnóstico. 5. Excludentes da responsabilidades médica. 6. Responsabilidade civil de uma chance no direito brasileiro. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográfica.

INTRODUÇÃO

A teoria da *perda de uma chance no erro de diagnóstico médico*, temática deste estudo, é bastante divergente, sendo que em vista dessa divergência se faz mais do que necessário dissertar acerca da análise de sua compatibilidade com o nosso ordenamento jurídico brasileiro, que se mostra de certa forma antiquado quanto a receptividade de teorias assim. Assim considerando o que temos em “mãos”, insistente se faz averiguar quais seriam e são os parâmetros lógicos para a aplicação de tal teoria.

É de suma importância, ainda, que seja realizada a identificação quanto ao erro de diagnóstico, e, seja reconhecida uma possível excludente da responsabilização médica para que, então, possa ser analisada a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance quando ocorrer no tipo de situação.

Desde o início da medicina todos os atos são respondidos pelos médicos, toda responsabilidade de um profissional da medicina surgiu na antiguidade com as mais antigas legislações.

E com normalidade que antigamente a atividade medica se ligava a religião, tendo em vista que os médicos eram reconhecidos como magos ou algum tipo de pessoa com poderes sobrenaturais. Ainda que fosse considerado com poderes místicos isso nunca os deixou isentos de suas responsabilidades pelos seus atos de “cura”.

De acordo com o Código de Hamurabi, existia punições aos médicos. Sendo que este medico seria severamente punido, não existindo como indenizar a vítima ou seus parentes e com a errônea decisão entre a responsabilidade civil e penal.

Surgiu primeiramente na Roma, a vingança de reparar o efeito causado pelo médico. Depois disso o Estado passou a mediar as

relações entre os médicos e paciente, desta forma dizem que a vingança e pode ser explicada.

Podemos citar o direito canônico, que também ajudou a exercer uma grande influência no tocante a responsabilidade civil do médico, sendo que é imprescindível a demonstração de provas e alguns exames dos ocorridos para que o médico fosse punido.

Em nosso país foram introduzidas em 1932 o Decreto 20.931, que iria regularizar e fiscalizar as outras áreas relacionadas a saúde, para estabelecer praticas punição para algo ilícito dentro das profissões da saúde. Dentro do ano de 1945, o Decreto lei n 7.955, foi instituído no conselho de medicina. E logo após foi revogado, em 1957 pela lei n. 3.268, que passou a se dispor sobre eles.

Também em meados do ano de 2009 conselho por meio de uma resolução de n. 1931, decidiu retificar e aprovar as atuais mudanças no atual código de ética medica.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Os médicos erram porque são pessoas. É o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. O erro ocorre em todas as profissões. O problema é que o médico lida com a vida humana e em situações muitas vezes imprevisíveis, o que torna o seu erro mais dramático.

Por isso que temos a grande necessidade de avaliar detalhadamente o caso, com a observância de suas peculiaridades, a ponto de que se apure a existência ou a inexistência de responsabilidade por parte médica, em se perguntando sobre eventual dano ou prejuízo ao seu paciente que foi atendido.

As questões merecem, entretanto, serem analisadas nesse contexto, no modo em que se chegue, sempre quando necessário, a uma adequada interpretação sobre o posicionamento da responsabilidade civil médica.

DA CULPA MÉDICA, ERRO MÉDICO E ERRO PROFISSIONAL

Antes de nos aprofundarmos mais detalhadamente na culpa médica, temos a necessidade de distinguir a culpa e o erro profissional. A diferença consiste no fato que de nos casos de erro profissional, o médico procede corretamente, sendo o mesmo imputado à limitação da profissão e da natureza humana.

A culpa médica rege-se pelos mesmos fundamentos da responsabilidade em geral, de maneira que quem pratica um ato, com discernimento, liberdade ou intencionalidade, possuindo opção de escolha, é obrigado a indenizar a vítima pelas conseqüências danosas dos seus atos, aplicando-se os mesmos princípios relativos à individualização da culpa.

Podemos notar que será indispensável a prova da culpa para a responsabilização do médico, podendo ser estudada em cada caso:

Em suma, será preciso apurar em cada caso se, à luz da ciência e do avanço tecnológico que o médico tinha à sua disposição, era-lhe ou não possível chegar a um diagnóstico correto, ou a um tratamento satisfatório, resultado, esse, não obtido por imperícia, negligência ou imprudência injustificável. (GONÇALVES, Carlos Roberto; 2010, 204)

Entretanto, podemos averiguar que a culpa do médico será analisada de acordo com o ocorrido, para ver se feita a comprovação de que os procedimentos realizados por esse profissional estão corretos diante da moléstia do paciente.

É considerado culposo, onde procede o erro médico, atos como erro no diagnóstico, administração inadequada de medicamentos, negligência na cirurgia, erros nos prontuários e ao indicar tratamentos pós-operatórios, entre outros.

Pode ser considerado erro médico “a falha no exercício da profissão. Com resultado diverso do pretendido, decorrente de ação ou omissão do médico ou demais profissionais da sua equipe. ” (SCHAEFER, 2002, p.61)

GIOSTRI (2002, p. 125) demonstra que “se *erro médico* é o advento de um mau resultado para o paciente, por conta de um ato médico, deve-se entender que o *insucesso* é um mau resultado advindo para o paciente por conta de sua resposta orgânica”

O erro pode ser dividido em culposo e doloso. De acordo com o código de ética médica podemos ver a seguir sobre o ato culposo:

[...] É vedado ao médico:

Art. 1º *Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. [...]*

Já o erro doloso, entretanto, será aquele no qual o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo indireto).

É de relevância saber que o médico poderá ter responsabilidade tanto no âmbito culposo quanto doloso, sendo que no doloso responderá penalmente. Irá se destacar que isto poderá influenciar no valor da indenização.

O erro médico pode se caracterizar como escusável e inescusável: “o erro escusável é aquele que era inevitável, ou seja, mesmo que o agente tivesse tomado todas as cautelas o dano ocorreria” e o “erro inescusável é aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado todas as cautelas diversas e necessárias antes de agir é, portanto, evitável. (SCHAEFER, 2002, p. 61-62)

Podemos concordar com CAVALIERI (2010, p.382) quando afirma sobre o erro profissional:

Culpa e erro profissional são coisas distintas.
Há erro profissional quando a conduta médica é

correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito a erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.

Diante disto pode-se dizer que o erro profissional também é considerado erro de técnica “advém da incerteza da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas” (GONÇALVES, 2010, p.436). Assim dizendo que o erro médico, ou profissional, poderá se estender no erro de diagnóstico que será abordado em sequência.

DO ERRO DE DIAGNOSTICO

Podemos classificar o erro médico falta de técnica, onde pode ser dividida em erro de diagnóstico, erro no tratamento, faltas em intervenções cirúrgicas, erro na previsão de como a doença irá evoluir (prognóstico), falta de sepsia e antisepsia e falhas cometidas por integrantes da área médica.

Temos que ressaltar que de acordo com Irany Novah Moraes (Revista dos Tribunais, 2003, p. 203-204) o diagnóstico é difícil, exige-se que seja subdividido em quadro aspecto que são eles:

O diagnóstico funcional é facilmente feito pelos dados da história clínica bem tomada é às até mesmo só pela queixa do paciente.

O diagnóstico sindrômico depende da competência do médico tirar bem a história

clínica, interpretando sua evolução a cada alteração no quadro ou sintoma; é mais explicativo do que objetivo e indica como a função do órgão ou a estrutura afetada foi alterada pela doença.

O diagnóstico anatômico, o exame físico bem feito, é rico em sinais, e os exames complementares de imagem são modernamente cada vez menos invasivos, e mais exatos com maior precisão, melhor sensibilidade e sempre com progressiva exatidão.

O diagnóstico etiológico costuma ser o mais difícil, embora com todo progresso da biotecnologia, pois, de quase mil doenças oficialmente catalogadas pelas organizações internacionais, apenas se conhece a causa de um terço delas. Tudo ser torna difícil quando se procura juntar os dados oferecidos pelo paciente e os obtidos pelos exames físicos e complementares para enquadrá-los em um dos seguintes itens que relaciona todas as causas conhecidas das doenças: 1. inflamação; 2. infecção; 3. infestação; 4. degeneração; 5. neoplasia; 6. alteração metabólica; 7. problema imunológico; 8. envenenamento; 9. traumatismo (químico, elétrico, por radiação nuclear ou raios x); ou por exclusão dos demais resta a confissão da causa desconhecida; 10. idiopática.

Podemos considerar que “a arte de determinar a natureza de uma doença ou a conclusão a que se chega na identificação de uma doença” e, a “distinção entre moléstias de caráter similar mediante a comparação de seus sinais e sintomas.” (SCHIAFER, 2002, p. 65)

Resumindo podemos dizer que o ato de diagnosticar é “feito pelo médico considerando todos os sinais, manifestações e sintomas apresentados pelo paciente, bem como levando em consideração a anamnese sem, contudo, influenciar o enfermo na descrição da evolução da doença”. (SCHIAFER, 2002, p.65-66)

Tendo em vista as subdivisões relacionadas ao item anterior, podemos considerar que existem duas divisões para o erro de diagnostico que poderá ser dividida em evitável e inevitável:

Serão inevitáveis quando decorrente das próprias limitações da Medicina, ou seja, são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras tantas das quais não se conhecem as causas, os avanços tecnológicos às vezes não se mostram suficientes para determinar um correto diagnóstico. Não constituem faltas graves, portanto, não são puníveis. [...]

Maior atenção deve-se ser dar aos erros de diagnósticos evitáveis [...] são erros que teriam sido evitados se todas as precauções necessárias (como realização de exames clínicos, laboratoriais, físicos etc.) tivessem sido tomadas. (SCHIAFER, 2002, p. 67)

Nesta última modalidade de erro de diagnóstico, que deveria ser evitada, e que poderá trazer sérias complicações ao paciente que será direcionado de forma errado pelo médico no seu tratamento o qual não será compatível com sua patologia.

Onde equipara-se ao erro profissional,

[...] se tem afirmado que o erro de diagnóstico, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, diante do

avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso. (GONÇALVES, 2010, p.437).

Para que se possa realizar exames complementares que influenciarão a conduta médico em realizar um diagnóstico correto. Entretanto, averígua-se se o médico disponibiliza-se de aparelhos, assim como instrumentos necessários a realização de exames

Em outros países como por exemplo Itália e França o erro de diagnóstico não configurará o elemento de culpa para justificar a indenização, pois considera-se leve uma vez que é descoberta de forma precoce. Entretanto, esse equívoco pode levar a diminuição do prognóstico da doença. Apenas será penalizado caso o erro seja esdruxulo e sem fundamento o qual poderia ser evitado.

Para demonstrar e terminar, podemos usar como exemplo de erro de diagnostico uma cesariana em uma mulher que possui gravidez psicológica ou então pessoas com diagnóstico de acidente vascular cerebral como simples indisposição sendo que alguns pacientes sofriam de problemas cardíacos graves e tinham colesterol alto.

EXCLUDENTES DA RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA.

Podemos notar que os elementos tendem a interferir na conduta de responsabilidade do médico, onde a culpa e o erro traz

à lembrança as hipóteses de exclusão, uma vez que especificamos uma delas, o médico deixará de ser responsabilizado por dano no paciente.

A culpa exclusiva do paciente será a primeira excludente, que pode gerar dano se em razão de procedimento omissivo ou omissivo daquele. Que neste caso, o médico não será responsável, uma vez em que não lhe fez com culpa.

Com tudo o fato de terceiro se torna a segunda excludente onde é capaz de evitar que o médico seja responsabilizado e consolida quando uma pessoa ocasiona o dano. Este alguém poderá ser um ente familiar.

A terceira excludente será o **fato das coisas** e de acordo com erro nos aparelhos e podemos entrar no código do consumidor, conforme encontra-se em alguns artigos do Código de Defesa do Consumidor citados abaixo.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A quarta excludente será o caso fortuito, que pode ocorrer quando algumas situações a sua vontade e a ação do médico causam danos ou prejuízo ao paciente.

A força maior será a quinta excludente, a respeito do fato em que se prevê, e que poderá ser previsível, onde que, não é possível evitar, sendo também maior que a vontade humana, como podemos citar em exemplo: forças da natureza e dentre outros ocorridos que podem acontecer durante o atendimento médico.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Existem vários estudos onde nos mostra a responsabilidade civil, mas pouco se sabe no Brasil sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Neste estudo muito se utiliza a doutrina e algumas jurisprudência da sua previsão em legislação de outros

países, tendo em vista que carece de um ordenamento jurídico nacional em que se expressa a sua aplicabilidade.

Uma da teoria prevista e defendida por SAVI (2009, p.1)

Inúmeras são as situa es na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo.

Para completar esta teoria podemos dizer que, a perda de uma vantagem que estava sendo esperada pela vítima recorrente de uma situa o que hipoteticamente poderia acontecer, e como mais uma característica consiste em falta de nexos causal.

Para nos demonstrar melhor situa o das características temos SILVA (2007, p.12) que nos traz exemplos, onde será possível a observância das características

[...] o caso de afamado pe o que   impossibilitado de participar da fase final de um rodeio devido   falta de pagamento da respectiva inscri o, que deveria ter sido efetuado pelo seu agente. Aqui, não se observa o nexo de causalidade necessário entre a falha do agente e a perda da vantagem esperada pelo pe o, representada esta pelo pr mio concedido ao vencedor do certame. Com efeito, o pe o poderia restar sem qualquer premia o, mesmo que fosse autorizado a participar da fase final do rodeio, já que vários fatores aleatórios (acaso) poderiam ter sido a causa da perda da vantagem esperada, tais como: a dificuldade da prova ou a perícia dos outros competidores. Portanto, já que o dano poderia ter sido causada pelo acaso, o pe o prejudicado deveria suportá-lo de maneira integral.

Entretanto, o já aludido progresso no estudo da probabilidade possibilitou a criação de algumas “leis do acaso”. Assim, estatisticamente, é lícito perquirir quais eram as chances de aprovação do referido peão e quais foram subtraídas de forma culposa pelo seu relapso agente. Este novo aspecto probabilístico da chance perdida foi terreno fértil para o advento de um instrumento dogmático utilíssimo, capaz de criar uma nova categoria de dano indenizável: as chances perdidas.

[...] atitude culposa de um advogado que perde o prazo do recurso de apelação e faz com que seu cliente não tenha a chance de ver o seu direito reconhecido nas instância superior.

[...] no caso Falcon v. Memorial Hospital, uma gestante adentrou o hospital para ter um bebê e logo após ter dado à luz acabou morrendo por embolia pelo fluído amniótico. A família ajuizou demanda indenizatória pela morte da gestante contra o médico e o hospital, pois, apesar de saber que os pacientes que sofrem esse tipo de embolia têm apenas trinta e sete por cento (37%) de chances de sobreviver, a negligência do médico responsável havia subtraído todas as chances da paciente de sobreviver à referida embolia. A Suprema Corte do Estado de Michigan concedeu a reparação.

A RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO.

Tendo em vista que a natureza jurídica da perda de uma chance, podemos afirmar que ela estaria presente entre o dano emergente e mais o lucro cessante, podendo se tornar uma terceira classe de indenização.

Podendo-se dizer que a perda de uma chance não poderá ser colocada como uma espécie de lucro cessante, sendo que o causador de um ano devera indenizar aquilo que a vítima deixou de

receber em seus ganhos e não havendo indeniza o, e poderá ser considerada indenizável.

Existe a chance real que os tribunais em alguns casos que a frustra o serviria apenas como complemento ao dano moral, podendo gerar uma natureza extrapatrimonial. Entretanto   correto que a perda de uma chance poderá gerar danos patrimoniais, onde podemos considerar um fato gerador para o dano moral.

Assim pode demonstrar algum pensamento com SAVI (2009, p. 4)

A doutrina brasileira, da mesma forma, não obstante por vezes conceituar de forma equivocada o dano pela perda de uma chance, admite o valor patrimonial da chance por si só considerada e, com isso, contribui para o acolhimento da teoria em nosso país.

Conforme a leitura de tal artigo podemos ver abaixo:

[...] ao se deparar com uma a o de responsabilidade civil, o julgador deverá procurar sempre atender ao princípio da repara o integral dos danos. Contudo, se em determinado caso concreto “houver excessiva despropor o entre a gravidade da culpa e o dano”, poderá reduzir equitativamente indeniza o, pois, neste caso, estará privilegiando outro princípio constitucional, que   o da justiça. (SAVI, 2009, p. 99)

Em decorrência da evolu o da humanidade o principal efeito de aceita o da teoria da perda de uma chance e a situa o em aceitar e considerar probabilidades.

Em vista que a responsabilidade civil permite classificar a perda de uma chance como um fato injusto e tendo que realizar a indeniza o, pois visto anteriormente,

[...] a vítima exercia papel secundário na responsabilidade civil. Contudo, a doutrina moderna vem modificando esse posicionamento, deixando de centrar o sistema na figura do comportamento do autor do dano, e passando a centrá-lo no evento dano em si. A responsabilidade civil vem sendo redefinida, assim, como uma reação contra o dano injusto. (SAVI, 2009, p. 109)

Desta forma podemos ver a responsabilidade civil pela perda de uma chance na maioria dos casos, e conhecida como dano injusto sendo assim cabe a indenizar.

Neste ponto de vista de aceitação da teoria da perda da chance como dano certo, doutrinador SILVA (2007, p. 215-216) informa que:

[...] a aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se um óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance. Também se acredita que as propostas sobre a quantificação do dano, bem como as diferenciações em relação a modalidade de responsabilidade pela criação de riscos, estão em total conformidade com o nosso direito positivo e poderão enriquecer o modelo jurídico nacional da teoria da perda de uma chance.

E referente autor mostra que:

[...] mesmo com os muitos perigos que podem advir da aceitação da teoria da perda de uma chance para os casos em que o processo

aleatório chegou ao ponto derradeiro, normalmente verificado nas espécies referentes   área médico-hospitalar, existem hipóteses em que a negação absoluta da teoria geraria graves injustiças.

A perda de uma chance, nos casos, teria que ser aplicada subsidiariamente quando em relação ao nexos causal, onde seja essa que afeta a responsabilidade civil em uma maneira geral, de acordo com o observado neste parâmetro, tal como o ato de verificar a seriedade em uma chance perdida, e correto dizer que a perda de uma chance aplicada em situações ocorridas em um processo chegou ao seu final.

Quando seu efeito, não obt m nenhum obstáculo a sua aplicação da teoria da perda de uma chance em casos que algum processo foi interrompido ante de seu final, extinguindo-se todas as hipóteses da vítima, porque apenas se adotaria uma situação em que o dano deve ser indenizado.

CONCLUSÃO

Estudou-se nas linhas acima a responsabilização do médico pela perda de uma chance ao decorrer no erro do diagnóstico. Desta podemos retirar sobre a perda de uma chance como características a perda de uma vantagem em que a pessoa esperava conseguir, tendo em vista a existência de uma aposta e a inexistência de nexos causal entre a perda da aposta e a pessoa causadora do dano, diferente da perda da chance em outras espécies de dano tais essa como moral ou patrimonial.

No Brasil podemos considerar que o erro de diagnóstico, que   aquele que pode levar a um tratamento irresponsável e que pode acarretar a perda de uma chance na cura ou sobrevivência, no princípio, não pode se caracterizar uma culpa médica.

Podemos afirmar que   cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance em erro de diagnóstico, e também será aplicada a

teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência em situações específicas, onde o erro de diagnóstico pode levar ao tratamento equivocado e danos irreversíveis ao paciente.

Sendo assim podemos dizer e devemos lembrar que a teoria a qual se aplica em nosso ordenamento jurídico é a teoria da perda de uma chance de forma correta, na qual deve ser utilizada apenas após não existirem mais possibilidades de utilização da teoria do nexo causal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1.990- Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Resolução 1.931, de 2009- Aprova o Código de Ética Médica.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico: à luz da jurisprudência comentada. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002__. Responsabilidade médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 1. ed. (ano 2003), 4 tir. Curitiba: Juruá, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Irany Novah. Erro médico e a justiça. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil médico & erro de diagnóstico. 1. ed. (ano 2002), 9 reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero6/codigo.pdf>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm

Nota:

[1] Professor do Curso de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco. Advogado e Palestrante.

A ÉTICA EM DIVERSAS ÁREAS E PROFISSÕES

THALES RAMILSON NOLASCO DA SILVA: Formando em Direito da Universidade de Ciências Humanas e sociais - UNIAGES. Estagiário do escritório de advocacia "Nolasco e Mathias advogados associados". Voluntário no Projeto da Justiça Estadual em Cícero Dantas contra a "evasão escolar". Aprovado na OAB/BA em direito civil no IX período.

RESUMO: O presente artigo visa trazer ao leitor uma ideia sobre o que é ética e como ela pode se enquadrar com diversas profissões no mundo, passando empreendedores e indo até os advogados, ramos distintos, porém, que mechem com o sistema econômico e jurídico do país, além de discorrer sobre a diferença e relação entre ética e moral. Tal obra também busca dar o entendimento ao leitor sobre o que é "ética" e como ela pode se enquadrar até com os Estudantes, que necessitam da mesma para entrar firmes e com uma formação ética construída para encarar assim o "mundo dos negócios" e o "mundo jurídico", haja vista que a ética é uma influência principiológica no Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ética Profissional; Princípios; Mundo dos Negócios; Relações sociais; Constituição Federal.

ABSTRACT: This article aims to provide the reader an idea about what is ethical and how it can fit with various professions in the world, from entrepreneurs and going to the lawyers, distinct branches, however, that mayhem with the economic and legal system of the country. This work also seeks to give the reader an understanding of what is "" ethics and how it can fit up with the students, they need to enter the same firm and an ethics training built so as to face the world" " businesses" and" legal world, given that ethics is a principled influences the law.

KEY-WORDS: Professional Ethics; principles; the business world; Social relationships; Constitution Federal.

INTRODUÇÃO:

Com a evolução do mundo, o nascimento de novas tecnologias e tudo mais, a sociedade necessitou de novos modelos de comportamentos, de regras, e a ciência que estuda tal comportamento dos indivíduos dentro da sociedade é chamada de ética. A palavra "ética" vem do grego e quer dizer "bons costumes" a ética visam informar ao individuo determinado regramento, fazer com que todos os homens saibam o que é certo e o que é errado. A ética foi estudada por grandes nomes da ciência, como Platão, Sócrates, Aristóteles, ou seja, é uma ciência muito antiga, porém, que sempre foi importante para a educação social. A ética é diferente da moral, a ética busca complementar, fundar, fundamentar a moral, e quanta esta, é o que é construído no ser através da cultura, educação, ou seja, valores vivenciais da sociedade, ambas formam a personalidade dos indivíduos no mundo, haja vista, que a personalidade é formada por fatores biológicos e vivenciais, e a ética, fundamentando o moral, visa trazer aos indivíduos a construção de uma personalidade baseada nos bons costumes. Para Jorge Trindade (2009, p. 60) a "personalidade é um conjunto biopsicossocial dinâmico que possibilita a adaptação do homem consigo mesmo e com o meio, numa equação de fatores hereditários e vivenciais", sendo assim, é notável a influencia e a importância da ética para todas as áreas, sociedades, pessoas e profissões em todo mundo.

1 – A ÉTICA COMO INFLUENCIA PRINCIPIOLOGICA EM ALGUMAS AREAS DO DIREITO.

A ética pode ser definida como o comportamento moral dos homens em meio à sociedade, para Vazões (1995, p.12) a ética é a ciência que estuda tal comportamento. Tal conceito abre um leque de ideias sobre ética para toda e qualquer profissão e relação social dos indivíduos, segundo Nailini (2004) até as crises morais da

sociedade são fatores éticos que por estarem em "crise" levam tal influencia as outras áreas, como a crise de humanidade, por exemplo, com a evolução no mundo, a ética que influencia as relações morais comportamentais dos indivíduos sofre o impacto dessa crise que deriva de fatores como a crise na "moral" que muitas vezes é a falta de educação, saúde, inclusão, entre outros fatores. Como o Direito busca pela justiça, negando determinados tipos de comportamentos, criando regras para a sociedade, mais do que qualquer outra profissão, as profissões de áreas jurídicas são as que mais necessitam de uma ética, até por que, as leis, o controle do Estado deriva de seus governantes, que fazem parte e são eleitos pelo povo. Para Martins (2006, p.22) "A ética no Direito e na Economia está bem delineada no texto constitucional brasileiro. Tem seu perfil retirado do direito natural e inserido como direito positivo, na ordem vigente", ou seja, o princípio, assim, percebe-se que ética que estuda a moral dos homens, traça certos princípios para melhorar as relações dos indivíduos em meio à sociedade, tais princípios essenciais ao convívio e ao bem de cada indivíduo, se transformam nos princípios do Direito, que através destes, nascem às normas, até mesmo servem como normas. Seguindo esse raciocínio Norberto Bobbio vem dizer que os princípios:

[...] São normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais (...). Para mim não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as outras (...). E com que finalidade é extraída em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado (BOBBIO, 1997, p.158-159).

Ou seja, como dito acima em texto e pelas palavras do ilustríssimo professor Norberto Bobbio, a ética, que traça princípios, influenciam o Direito, trazendo tais princípios para a mesma, assim sendo estes usados como normas e criando normas. Assim, para Martins (2006) "A ética, por outro lado, permeia outros campos da

Constituição, influenciando os princípios maiores do Direito brasileiro" (p.19).

E como a ética influencia diretamente o a ciência jurídica? Simples, através dos princípios, tais influenciam o direito, regem o mesmo, assim, todo direito, como o administrativo, penal, civil, seguem tais normas que regulam o comportamento. Para Miguel Real e sua teoria tridimensional do fato, valor e norma, o fato é o que ocorre na sociedade entre os indivíduos ou fenômenos naturais, o valor é a consequência, a influencia, o clamor que tal fato gerou, e por fim, as normas, derivam dos outros dois, nascem para regulamentar tal fato que derivou tal valor para a sociedade, a partir do momento que regula um fato, um comportamento, de algo ou alguém na sociedade não deixa de cair nos conceitos da ética, ou seja, é ético, haja vista, que a mesma é quem deriva os princípios e normas que como já dito vem regular tais acontecimentos e comportamentos que influenciam a sociedade. No Direito Administrativo, por exemplo, logo no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, é visto a existência dos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência, como visto, o princípio da Moralidade, é claro e exclusivamente ético, ou seja, o funcionário publica que quebra não só esse principia como qualquer outro, não está correto com sua função, não sendo ético e imoral, assim, sendo penalizado. Outro exemplo de ética no Direito é o Direito Penal, seguindo a hermenêutica da ética profissional, todo funcionário publico que cometer as irregularidades descritas no Código Penal, será punido penalmente, tal código traz um capítulo que fala sobre os "Crimes contra a Administração Publica" punindo assim, o funcionário que falte com seus deveres éticos profissionais. No direito Constitucional, outros pontos onde podemos ver muito bem a ética, estão nos artigos que traçam e discorrem sobre os três poderes, onde buscam traças modelos e formas de comportamento e de trabalho para que os governantes as façam, assim, aquele que burlar tais normas, mesmo o Presidente da Republica será punido, seja por crimes de responsabilidade ou crimes comuns. Existem ainda as começou de ética do poder legislativo, tal comissão, busca melhorar projetos de leis ou até leis para que fiquem de acordo com

o ideal. Como visto, a ética é um grande aliado não só para o Direito mais para todos os ramos e profissões existentes na sociedade global. A falta ética pode ser refletida em alguns casos também, no sistema penal brasileiro, a falta de punição, de aplicação da pena para determinado indivíduo que quebrou o ordenamento jurídico penal, ou seja, faltou com seu dever comportamental de respeitar as regras e cometeu um crime ou infração penal, gera consequências, pois tal punição seria uma forma do indivíduo aprender, pagar por seus erros, e como não existe, esses menos indivíduos que não respeitam as regras pensam que não serão "pegos" pela justiça, assim gerando a ideia de poder praticar crimes, como afirma Marcelo Cunha de Araujo dizendo:

“Entretanto, como se tem por evidente, caso não exista qualquer tipo de punição em nenhuma hipótese de conduta atentatória ao bem-estar social, tal se converterá em estímulo à prática de comportamentos egoístas em detrimento da correta tratativa da coisa pública”. (ARAUJO, 2010, p. 111)

Com isso, nota-se a importância da ética para o Direito, se não fosse à ética, que deu origem os princípios e modelos de comportamentos, que gerou as normas para proibir e regular atos e comportamentos, todo mundo faria o que tivesse vontade, discordando de outros, gerando brigas e muitos crimes, até mais graves.

2 - A ÉTICA PROFISSIONAL DE ALGUMAS PROFISSÕES E NAS ÁREAS JURÍDICAS

A ética é aplicada a diversas profissões, entre eles, os médicos, o CFM (Conselho Federal de Medicina) e os CRM's (Conselho regional de medicina) disciplinam o código de ética médica, que visa avaliar tudo e qualquer conduta dos profissionais da medicina, não deixando de considerar a moral de cada área e de cada profissional da mesma. Na área da engenharia, o CREA,

Conselho Regional de Engenharia e arquitetura, na área da contabilidade, O CRC (Conselho Regional de Contabilidade) e assim por diante, todas as profissões hoje devem ter e seguem suas normas éticas e morais.

Nos ramos do Direito, podemos ver logo acima, como já citado, como a ética pode se relacionar com a CF/88 e diversos ramos do Direito. A ética se enquadra também com os profissionais do Direito, por exemplo, o advogado, que tem o seu “Estatuto do Advogado” (Lei 8.906/94) que visam disciplinar todas as condutas que pode e não pode ter tal profissional. Uma muito conhecida é a regra de que o advogado não pode defender mais de 1 parte no processo, ele poderá defender, 2 réus, porém, nunca o autor e o réu, é incorreto, é antiético, pela lógica, ele iria favorecer quem o pagasse mais, ou quem ele mais gostasse. Os Juízes também possuem sua ética profissional, eles devem aplicar a lei diante de um caso concreto, de forma imparcial (princípio da imparcialidade do juiz) ou seja, um juiz que julga pela cara ou por condição social, racial, familiar, deverá ser punido administrativamente, haja vista, que ferindo o princípio, ele estará ferindo a ética, ou seja, os bons costumes, que visam melhorar as relações entre Estado e cidadão com a promessa de um “justiça” dada pela Estado, é claro, o termo justiça é um termo subjetivo, cada um pensa na sua, porém, é para isso que serve a ética, e até a moral do legislador, atendendo a cultura, a evolução, cria leis e as aprova, junto do executivo, trazendo regras de “igualdade para todos” (artigo 5º da CF/88) para que assim se possa buscar uma justiça igual para todos aqueles que provoquem o judiciário, é claro, cada caso é diferente, alguns se assemelham, mais todos são vistos e julgados diferentes, atendendo a lei a melhor forma de causar justiça a ele.

Os membros do MP (Ministério Público) têm condutas éticas traçadas na lei orgânica nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) em seu artigo 43º, dizendo seus incisos desta forma:

I – manter ilibada conduta pública e particular.

- II – zelar pelo prestígio da justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções;
- III – indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório sem sua manifestação final ou recursal;
- IV – obedecer aos prazos processuais;
- V – assistir aos atos judiciais, quando obrigatória ou conveniente a sua presença;
- VI – desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções;
- VII – declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;
- VIII – adotar, nos limites de suas atribuições, as providências cabíveis face à irregularidade de que tenha conhecimento ou que ocorra nos serviços a seu cargo;
- IX – tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da justiça;
- X – residir, se titular, na respectiva Comarca;
- XI – prestar informações solicitadas pelos órgãos da instituição;
- XII – identificar-se em suas manifestações funcionais;
- XIII – atender aos interessados, a qualquer momento, nos casos urgentes;
- XIV – acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público.

Desta forma, é visto que todas as profissões, sejam ou não da ciência jurídica possuem seu código de ética, haja vista, que a ética é necessária em todo local, para fundamentar a moral de cada individuo e buscar um melhor trabalho perante a sociedade nacional e internacional.

3 - A ÉTICA NO MUNDO DOS NEGOCIOS

No mundo dos negócios, as empresas, seus operadores, e até seus consumidores, todos necessitam de uma conduta adequada para que tais relações econômicas e sociais se deem de forma afetiva e em harmonia, assim, tal conduta, é um traço ético da sociedade em meio as suas experiências e evoluções. Para o grande empreendedor Eike Batista, é ético o profissional que trabalha completamente com a verdade, que busca aceitar seus erros e tentar concertar os mesmos, além de aprender com eles, não deixando também sua conduta de ser totalmente aprovada com os valores negocia da sociedade, ou seja, na forma correta de trabalhar, sem passar por cima de ninguém, com determinação, coragem, humildade, vontade, prazer, determinado tipo de ganância e controle, olhando por uma visão de todos os ângulos, determinado por ele como "visão 360°) para Eike:

[...] Há empresários que operam 100% dentro da cartilha correta. Sou um deles e faço questão de me manter assim (...) É muito importante quando o empreendedor se assume responsável por um fracasso. Se há uma equipe, e se a equipe contra um líder, o fracasso é sempre responsabilidade dele. Nunca terceirize seus erros. Não aponte o dedo nem jogue a responsabilidade sobre terceiros. O outro não é a melhor desculpa para um fracasso. O reconhecimento do erro engrandece o empreendedor (BATISTA, 2011, p. 71-73).

O mundo dos negócios, que geram as relações econômicas, consumeristas, empresariais, assim como em qualquer relação também necessita de regulamentos e condutas, pessoas, profissionais e negociais, buscando assim, manter um melhor equilíbrio para tais relações, seja entre patrões e funcionários, entre empresas e empresas, sindicatos e empresas, fornecedores e consumidores, empresas e o Estado. Como em toda relação, o mundo dos negócios também passam por crises, por exemplo, empresas quando brigam com funcionários e geram dissídios

trabalhistas, ocorre que muitas vezes devido à evolução de países periféricos geram um aumento enorme de mão de obra, que depois é dispensada, gerando tais dissídios, como afirma Disse Coelho de Almeida (2013) dizendo que "O avanço da globalização gera pressão social nos países periféricos, como o Brasil, que não estão inseridos de forma plena na proposta globaliza tória de mercado e produção. Esta inadequação gera no plano interno um excesso de mão de obra" (p. 63). É nesses casos, que a ética e seu modelo comportamental ajudam em alguns embates do mundo dos negócios que como demonstrado acima, se enquadra também com o mundo jurídico.

CONCLUSÃO:

Portanto é notória a percepção de que todo ser, profissão, sociedade e todo comercia tem seu modelo comportamental seja um mais desenvolvido na educação, na saúde, na cultura. Algumas pessoas formam seu caráter devido à ética, o modelo da sociedade em que convive, seja na religião ou não, em um país desenvolvido ou não, porém, existe ética, alguns profissionais e empresários crescem, outros não, o fator pode ser o descaso ou o agarro a ética, sabe-se que, a ética não só influenciam as normas e as profissões e não só o mundo dos negócios, mais toda sociedade, haja vista, que a mesma é quem estuda e regula o comportamento de todos os homens em meio à sociedade, busca assim, uma melhor e mais prazerosa relação entre os indivíduos dentro da sociedade

REFERENCIAS:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasil: Brasília, 1988.

ALMEIDA, Disse Coelho de. Acesso à justiça e o jus postulante das próprias partes no Direito do Trabalho – São Paulo, Letras Jurídicas, 2012.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é peso quem quer! Punida de e Ineficiência do Sistema Criminal Brasileiro**. Dois ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 10. Ed. Brasília: Editora UNB, 1997.

BATISTA, Eike. **O X da questão**. Rio de Janeiro. Sextante, 2011. Recurso digital: il.

MARTINS, Ives Gr anda da Silva. **A ética e a Constituição**. 2006. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**. N. 8 - jun./dez.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 4ª ed.

PÉREZ, Rafael Gómez. **Problemas morais da existência humana**, Lisboa: CAS, 1983, p.25.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 60.

VÁZQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

ÉTICA PROFISSIONAL: ANÁLISE DO CONFRONTO ENTRE MORAL E ÉTICA NA PRÁTICA ADVOCATÍCIA

EDSON EVANGELISTA DOS SANTOS:
Acadêmico em Direito pela Faculdade AGES.

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar um caso trabalhado em sala de aula na disciplina de Deontologia jurídica. O caso descreve o comportamento de um advogado em seu cotidiano e analisa a ação do ponto de vista ético, ou seja, se a mora do profissional de direito se aplica ao “dever ser”.

PALAVRAS CHAVE: Moral, ética, Código de ética, Racionalização da moral, dever.

1 - Ética e moral.

Somos indivíduos e vivemos em sociedade, só que também vivemos em “micro sociedades” dentro desta sociedade maior. Vivemos, por exemplo, no Brasil, mas o Brasil tem vários estados e cada estado tem sua cultura, seu dialeto, seus costumes.

E para que tantos costumes e culturas diferentes vivam harmoniosamente entre si, as leis são criadas parametrizando estes costumes, hábitos para que todos possam conviver pacificamente.

O código de trânsito, por exemplo, que regulamenta um curso nacional para habilitação do motorista, permite que alguém do interior da Bahia possa dirigir no centro de São Paulo, através das regras de trânsitos e sinalizações que são universais em todo território nacional.

Os indivíduos de uma mesma sociedade podem ter costumes e hábitos diferentes e serem direcionados por eles, só que estas regras morais, pessoais, dificultam a convivência, quando se confrontam com outras regras morais pertencentes a um indivíduo distinto.

[1] Ética significa literalmente "bom costume e diferencia-se da moral, pois, enquanto a moral se fundamenta na obediência a costumes e hábitos recebidos, a ética, ao contrário, busca fundamentar as ações morais exclusivamente pela razão. "

Então posso simplificar sem prejuízo que, uma das funções da ética é analisar racionalmente os valores morais e usa-los para uma melhor convivência.

Nas profissões a ética é manifestada em códigos de condutas, chamados de códigos de ética. Os códigos de ética Profissional, são diretrizes que orientam através de permissões ou proibições como um profissional, de uma determinada categoria, deve proceder profissionalmente, ante a classe que representa, seu cliente e os valores morais que este código estabeleceu como correto.

1.1 Estatuto e Código de ética da OAB

O advogado é regido por dois códigos, o primeiro e hierarquicamente maior é a lei Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. Que dispõe sobre o **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que dispõe sobre os advogados e a ordem dos advogados do Brasil**. E baseado nas prerrogativas desta lei, a OAB, que representa a classe dos advogados fez o **CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB**, o segundo, que disciplina a prática da advocacia, através de direitos, deveres e prerrogativas do advogado.

A lei também prevê sanções para quem descumpre ou desrespeita o modo como o advogado age perante os preceitos morais elegido eticamente e condicionado em códigos. Estas

sanções vão de advertência, afastamento temporário e até exclusão do quadro da OAB.

2 – Estudo de caso.

No caso em tela, temos duas questões a serem estudadas no campo da ética, a conduta do profissional, acusado de reiteradas fraudes a Previdência e a ética do estado para com o advogado, já que ele tem também direitos e prerrogativas.

Kant em seu estudo sobre ética, desenvolveu o que ele chamava de imperativo categórico;

[2](...) se pensar um imperativo categórico, então sei imediatamente o que ele contém. Porque, não contendo o imperativo, além da lei, senão a necessidade da máxima que manda conformar-se com esta lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei em geral à qual a máxima da ação deve ser conforme, conformidade essa que só o imperativo nos representa propriamente como necessária. O imperativo categórico é, portanto, só um único, que é este: Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.

Uma vez que a ética da profissão está codificada, tanto em lei quanto no estatuto, ela já foi universalizada, cumprindo a racionalização do imperativo de Kant.

O advogado Antônio de Souza, está sendo acusado de reiteradas fraudes contra a Previdência, indo de encontro ao código de ética e disciplina da OAB;

Art. 1º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste

Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado:

I - Preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II - Atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; velar por sua reputação pessoal e profissional;

Fraudar a previdência é ato ilícito e, portanto, é contrário ao código de conduta, incompatível a prática da advocacia e fere com certeza sua reputação pessoal e profissional.

E segundo o imperativo de Kant, a moral do advogado não pode ser universalizada, ou seja, quando racionalizamos sobre determinada conduta baseadas nos princípios morais flexibilizados do advogado, vemos claramente que suas atitudes estão em desacordo com a ética e a conduta que um advogado deveria ter.

As infrações disciplinares imputáveis aos advogados puníveis com pena de suspensão são as seguintes: ato ilícito ou fraudulento (inciso XVII do art. 34 da lei Nº 8.906); conduta incompatível (inciso XXV); e nos casos de reincidência.

O advogado claramente transgrediu e pode ser punido nos termos da lei. E já que ética é dever ser, ou agir por dever, o estado ao não respeitar as prerrogativas do advogado, no tocante a prisão também está usando de um valor moral que não pode ser universalizado.

A prisão em sala de Estado-Maior antes do trânsito em julgado da sentença é direito do advogado previsto no artigo 7º, inciso, V, da Lei 8906/94. A falta dessa sala de Estado-Maior garante ao advogado o direito à prisão domiciliar.

Artigo 7º – São direitos do advogado:

V – Não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

Existe transgressões éticas dos dois lados, o advogado ao transgredir um código que ele aceitou seguir quando adentrou a ordem, e o estado, que não respeitou a lei ao tentar cumpri-la. Esta é outra máxima Kantiana, os fins não podem justificar os meios.

No livro “O Advogado” de Grisham (1998), um advogado bem-sucedido, depois de um evento traumático, para de pensar na advocacia como meio de enriquecimento e passa a advogar em causa dos pobres, mas ao pegar uma causa de um indigente, rouba documentos para fazer prova contra a ré, não importa que moralmente a atitude do advogado em querer agir por filantropia pareça nobre, a subtração dos autos sem permissão de quem tinha a posse já torna o ato do advogado um ato alheio a ética.

Existe conflitos entre a moral do advogado do livro de Grisham, que acha que se vencer a causa filantrópica justifica o fato do furto dos autos.

A conduta ilibada de um advogado também tem relação com a sua imagem perante o universo de pessoas que seguem os preceitos orais arrolados no código de ética, qualquer que seja o

desvio, pode manchar sua reputação e assim macular a ordem que este representa.

No livro Teoria da argumentação jurídica, o autor Robert Alexy, ensina que a retórica do operador das práticas jurídicas, para ter credibilidade

Nenhum orador pode se contradizer, 1.2. Todo orador só pode afirmar aquilo em crê, 1.3. Todo orador que aplique um predicado F a um objeto a, tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a a em todos os aspectos importantes, 1.4. Diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. (ALEXY p.187).

Pois em seu entender, existe um desvio ético no advogado que, em um momento garante por um discurso, e em outro caso destoa da sua opinião para defender outro, conforme esta prática, o advogado pode perder credibilidade.

Existindo assim uma regra racional até no discurso de um advogado, regra que se for seguida pode leva-lo a sucesso de uma argumentação jurídica.

Apesar da visão de Aristóteles (2000) destoar da de Kant, pois Aristóteles acreditava na ética como forma de alcançar um fim e Kant não buscava o fim como justificativa para ser ético, mas ser ético por dever, porque deve se agir com ética. A virtude ensinada por ele já dava conta de ensinar a todos estes casos como viver uma vida ética e dentro do patamar estabelecido pelas normas da profissão.

Em sua obra *Ética a Nicômaco*, ele ensina o que é virtude;

Sendo, pois, de duas espécies a virtude, intelectual e moral (...) a virtude moral é adquirida em resultado do hábito, donde ter-se formado o seu nome por uma pequena modificação da palavra (hábito). Por tudo isso,

evidencia-se também que nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza; com efeito, nada do que existe naturalmente pode formar um hábito contrário à sua natureza. Por exemplo, à pedra que por natureza se move para baixo não se pode imprimir o hábito de ir para cima, ainda que tentemos adestrá-la jogando-a dez mil vezes no ar; nem se pode habituar o fogo a dirigir-se para baixo, nem qualquer coisa que por natureza se comporte de certa maneira a comportar-se de outra. (ARISTÓTELES, 2000, p.19)

Aristóteles ensina cultivar a ética, praticando hábitos virtuosos, e por meio destes hábitos formar cidadãos honestos através de leis que tragam em suas normas estas virtudes, assim se um legislador queira criar cidadãos de bem, deveria fazer leis com normas de conduta virtuosas.

Rui Barbosa em seu discurso, oração aos moços, descreve alguns hábitos saudáveis que vão enaltecer o advogado no cumprimento da sua profissão.

Tomai exemplo, estudantes e doutores, tomai exemplo das estrelas da manhã, e gozareis das mesmas vantagens: não só a de levantardes mais cedo a Deus a oração do trabalho, mas a de antecederdes aos demais, logrando mais para vós mesmos, e estimulando os outros a que vos rivalizem no ganho bendito. (OLIVEIRA, p.30).

Acordar cedo, anteceder os demais no trabalho, no discurso de Rui Barbosa vemos constantemente a referência a Deus, no campo filosófico, Deus serve como ser metafísico que é referencial supremo de ética e moral.

3 - Conclusão.

A ética serve para racionalizar entre quais valores devem ser seguidos, valores virtuosos, devem ser escolhidos, valores que possam ser universalizados.

No caso do advogado que cometeu fraude, ele foi contra a legislação, cometendo ilícito, destoou da conduta esperada de sua profissão, colocou toda uma categoria e suas normas morais em xeque.

A moral do advogado, ou seja, sua prática e seus costumes levaram ele a transgredir, ao racionalizar entre os valores codificados em seu regimento de ética, ele flexibilizou sua consciência e decidiu por escolher valores contra a moral virtuosa, ele não foi ético.

O estado, ao tentar promover justiça, passou por cima de das mesmas normas que o advogado transgrediu, ao fazer justiça, pensou o estado que poderia contrariar o regimento, se tivesse como finalidade promover justiça punindo de qualquer modo quem transgrediu a lei, incidindo na mesma falta de ética.

O advogado, do livro de Grisham, furtando os autos de um processo, sobre o manto de estar ajudando os oprimidos também infringiu a lei pondo em risco até o processo em que postulava.

O que essas três situações têm em comum? Os valores escolhidos não podem ser universalizados, não condizem com o código de ética, nem o estatuto profissional que regem os advogados, agiram com falta de ética.

Sabendo quais são os parâmetros, as normas que regem a conduta profissional, cabe usar a ética como forma de racionalizar entre nosso entendimento moral, sobretudo quando nossa moral confrontar aquilo que é dever, certo e virtuoso.

Assim como Rui Barbosa fez, ajuda se elegemos um referencial de conduta de moral e ética para servir como exemplo a seguir.

Referência Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

DELEUZE, Gilles. **Espinosa. Filosofia prática**. São Paulo: Escuta, 2002.

GRISHAM, John. **O advogado**. Tradução de Maria Filomena Duarte. Rio de Janeiro: Rocco, 1998. 297 pp.

KANT, Emmanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Trad. de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro.

OLIVEIRA, Rui Barbosa de. **Oração aos moços**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

NOTAS:

[1] Gilles Deleuze, **Espinosa**: Filosofia Prática, p.23-35. Editora Escuta

[2] Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, pag. 70, São Paulo: Ediouro.

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

BRUNO LUIS ALVES: Estudante faculdade
Camilo Castelo Branco (UNICASTELO).

Professor orientador:
Dr. AILTON NOSSA MENDONÇA

Resumo: No ano de 1973 foi criado o código de processo civil vigente até os dias de hoje. Naquela época foi feita com toda a fina elegância processual, mas 42 anos depois necessitava de mudanças significativas para uma sociedade extremamente conflitante. Devido a evolução social, surgiram novos temas e conceitos processuais e o código necessitava de uma atualização. Enfim, no dia 16 de março de 2016, um ano após sua sanção, entrou em vigor em território nacional. Após esse dia, irá começar uma série de dúvidas e regras novas a serem desbravadas pelos operadores do direito, e uma delas e sobre a matéria de conciliação e mediação, que sofreu mudanças do código de 1973. E uma dessas mudanças por exemplo, seguindo a tendência da Lei dos Juizados Especiais de pequenas causas, é que, o novo Código de Processo Civil traz regras que privilegiam a Conciliação entre as partes, e com isso, cria uma audiência de conciliação antes da apresentação de defesa pelo Réu, entre outros novos aspectos.

Palavras chaves: Conciliação; Mediação; Sociedade; Conflito; Solução

ABSTRACT: In the year 1973 it was CREATED the Civil Procedure Code invigorating Until The Day Today . That season was Made with a thin All procedural elegance, MAS 42 Years Later needed significant changes paragraph A Extremely conflicting society.

Because of Social Evolution , appeared New procedural themes and concepts and the code needed An Update. Anyway , no 16 March 2016, a year after his penalty, entered into vigor in national territory . After that day, will begin a series of questions and new rules to be cleared by law enforcement officers, and one of them and for the matter of conciliation and mediation, which has undergone changes in 1973. And one of those code changes for example, following the trend of the Law of Special Courts small claims, is that the new Code of Civil Procedure provides rules that favor the conciliation between the parties, and it creates a conciliation hearing before the presentation of defense by the Defendant, among other new features.

Key-Word: Reconciliation ; Mediation; Society; Conflict; Solution.

1. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 1973 entrava em vigor o código de processo civil, para a regulamentação dos procedimentos. Embora, talvez foi um código que durante 42 anos, ajudou a solucionar milhares de lides, com o passar do tempo foi ficando ultrapassado e, assim, perdendo a eficácia na sociedade.

Então começou a se ver uma necessidade de reforma, onde, tivesse como base, um código atual, e que não apenas solucionasse as lides, mais de forma mais simples, sem perder a amplitude e legalidade do processo.

E após mais de 6 anos de batalhas e votações congressionais, onde sempre, buscaram a melhora no projeto, para que se pudesse obter êxito social, o projeto foi sancionado.

Criado em 2009, por jurista, então designados por Jose Sarney, então presidente da câmara, passou de anteprojeto para projeto, o texto foi aprovado em Plenário em 2010, com o número PLS 166/2010 e seguiu, em dezembro para revisão na Câmara. Na casa, tramitou por cerca de três anos e foi aprovado em março de 2014,

na forma de um substitutivo ao projeto do Senado, agora sob o número PL 8046/10.

Dia 21 de março de 2015, a presidenta Dilma Rousseff sancionou o novo código, e este veio para agilizar os processos de maneira mais transparente, e com princípios de solucionar os conflitos da forma clara e rápida.

Como já sabemos tudo o que é novo passa por um período de adaptação, onde busca-se o aprimoramento de prática e execução. Esse novo código não é diferente, pois nos traz inúmeras mudanças processuais e rudimentares.

Dentre elas as de mais expressão são, a criação de novos mecanismos para a busca da conciliação entre as partes, seguindo a tendência da lei dos juizados especiais de pequenas causas, o novo código de processo civil traz regras que privilegiam a conciliação entre as partes, e cria forma de solução amigável para o litígio.

Estabelece o Código que em todas as ações que tratem de direitos dos quais as partes podem dispor, o juiz deverá realizar uma audiência de conciliação antes da apresentação de defesa pelo réu.

Simplificação da defesa do réu no Código de Processo Civil anterior, quando o réu desejasse apresentar defesas relativas à incompetência de um juiz para julgar a causa devido ao local de distribuição da ação ou à ausência de imparcialidade do julgador, ou buscasse impugnar o valor dado à causa pelo autor ou apresentar pedido contraposto, deveria fazê-lo por meio de petições próprias, apartadas da defesa, analisadas pelo Juiz como incidentes. O Novo Código de Processo Civil aboliu esses incidentes e concentrou todas as matérias de defesa na própria contestação, simplificando a defesa do réu.

E também mudanças na contagem de prazos para as partes, o novo código de processo civil aboliu a contagem de prazos

processuais em dias corridos e instituiu uma contagem em dias úteis apenas, ampliando os prazos e consagrando o direito dos advogados ao descanso nos finais de semana.

Criação de uma ordem de julgamento dos processos, o código anterior não previa uma ordem de julgamento de processos, sendo facultado ao Juiz definir um cronograma para decisão das causas de acordo com a sua melhor conveniência. O Novo Código de processo civil retira do julgador essa faculdade, estabelecendo que os processos devem ser julgados de acordo com a ordem de antiguidade, independentemente da complexidade da causa, lei 13206/16. Embora crie maior igualdade para os cidadãos, esta regra encontra resistência de parte dos magistrados, que entendem pode resultar no afogamento do Judiciário.

Redução do número de Recursos e unificação dos prazos recursais o novo código de criou um prazo único de 15 (quinze) dias úteis para quase que a totalidade dos diversos recursos contra decisões e extinguiu determinados recursos previstos no código anterior, como os embargos infringentes, cabível contra decisão não unânime dos Tribunais, e o agravo retido, cabível contra decisões não finais no curso do processo, as quais passam a ser combatidas em sede de Agravo de instrumento, buscando dar maior dinamicidade ao processo.

Alteração das regras referentes aos honorários advocatícios o novo traz uma diversidade de novas regras referentes a honorários advocatícios. Uma das mais destacadas é, sem dúvidas, a norma que estabelece o pagamento de honorários na fase recursal. Em outras palavras, regra determina que a parte litigante que apresentar recurso e for derrotada terá de arcar com honorários sucumbenciais destinados ao advogado da parte contrária.

Outra mudança importante é a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. O novo código estabelece

requisitos e regras procedimentais para a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, medida que autoriza a responsabilização direta dos sócios por dívidas da sociedade em caso de fraudes ou desrespeito à lei. O código anterior era obscuro nesse ponto e não trazia de forma clara o procedimento a ser seguido para obtenção da medida.

São inúmeras as mudanças e o trabalho deverá ser árduo para que ocorra o sucesso litigioso e particularmente pessoal.

Dentre essas inúmeras mudanças, iremos focar na conciliação e mediação no novo código de processo civil.

2. COMPREENSÃO DA CONCILIAÇÃO

Primeiramente, devemos entender de forma mais sucinta o que é conciliação. Nada mais é, que, um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador no caso, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

O termo conciliar vem do verbo, harmonizar, tranquilizar, adequar, ou ajustar. A palavra conciliar também remete para o ato de chegar a um acordo com alguém ou criar uma aliança com o propósito de alcançar algum objetivo.

Etimologicamente, esta palavra tem origem no latim concilium que indicava um conjunto de pessoas em reunião.

Agora vamos destacar a conciliação na parte judicial. A conciliação é judicial quando se dá em conflitos já ajuizados, nos quais atua como conciliador o próprio juiz do processo ou conciliador treinado e nomeado como já dito acima.

Na justiça comum, o conciliador, de regra, é o próprio juiz do processo, e pessoa apta para ajudar na resolução da lide.

E a conciliação é posta no sistema processual civil (CPC) como uma das duas formas nele previstas para a resolução dos conflitos que são levados à apreciação do Judiciário. A outra, é a forma impositiva, via sentença ou acórdão.

A conciliação é a forma preferida de resolução de conflitos no novo sistema processual, porque ela é mais eficaz e, é mais rápida, mais barata, e pacífica, e nela não há risco de injustiça, na medida em que são as próprias partes que, mediadas e auxiliadas pelo juiz e conciliador, encontram a solução para o conflito de interesses. Nela não há perdedor.

Então podemos definir conciliação, como a forma mais fácil de solucionar um conflito, buscando o ajuste do problema.

3. COMPREENSÃO DE MEDIAÇÃO

A mediação é um processo voluntário que oferece aqueles que estão vivenciando um conflito familiar, ou qualquer outro conflito de relação continuada, a oportunidade e o espaço adequados para solucionar questões relativas à separação, sustento e guarda de crianças, visitação, pagamento de pensões, divisão de bens entre outras matérias e especialmente as de interesse da família. As partes poderão expor seu pensamento e terão uma oportunidade de solucionar questões importantes de um modo cooperativo e construtivo.

O objetivo da mediação é prestar assistência na obtenção de acordos, que poderá constituir um modelo de conduta para futuras.

Relações, num ambiente colaborativo em que as partes possam dialogar produtivamente sobre suas necessidades.

Então basicamente podemos dizer que, a mediação é uma forma de lidar com um conflito (como, por exemplo, em caso de

separação, divórcio, brigas entre vizinhos, etc.) através de um terceiro (o mediador ou a mediadora) ajuda as pessoas a se comunicarem melhor, a negociarem e, se possível, a chegarem a um acordo, onde seja de ganha a ambas as partes.

Em seu livro “Mediação Familiar”, a psicóloga Stella Breitman e a advogada Alice Porto fazem uma interessante análise sobre os diversos conceitos de mediação. Uma das definições mais abrangentes que essas autoras citam é de Tânia Almeida:

“A mediação é um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando alternativas. É um processo não adversarial dirigido à desconstrução dos impasses que imobilizam a negociação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um processo confidencial e voluntário no qual um terceiro imparcial facilita a negociação entre duas ou mais partes onde um acordo mutuamente aceitável pode ser um dos desfechos possíveis (ALMEIDA et al. 2007, p. 46).”

Podemos então definir a mediação como um ato inseparável da conciliação, pois para que ocorra um êxito, é necessário que ambas as partes estejam correlacionadas.

4. DISTINÇÃO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Já sabemos o que ambas são, mais quais suas diferenças notáveis.

Já sabemos que a conciliação é um ato, feito por terceiro que tem como objetivo alcançar a solução do problema, onde tem diversas formas para que isso ocorra, pois esse terceiro, é uma

pessoa devidamente treinada e preparada, para a pratica de tal ato.

Agora a mediação, é um procedimento que busca a melhor maneira para que, ocorra harmonia que foi desfeita.

Então podemos dizer que, a conciliação é uma forma de resolução de conflitos, onde um terceiro, neutro e imparcial, chamado conciliador, facilita a comunicação entre pessoas que mantém uma relação pontual na busca de seus interesses e na identificação de suas questões, através de sua orientação pessoal e direta, buscando um acordo satisfatório para ambas.

A Mediação, por sua vez, é a forma de resolução de conflitos, onde um terceiro, neutro e imparcial chamado mediador, facilita a comunicação entre pessoas que mantém uma relação continuada no tempo, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas.

5. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO CODIGO DE 1973

Como já entendemos o ato de conciliar possui diversos significados: pôr em harmonia, pôr de acordo, congraçar reatar relações, fazer as pazes, reconciliar, tornar amigos, restituir à graça de Deus, aliar, unir, combinar; atrair, captar, conseguir ficar em paz, em harmonia, consigo mesmo, definição do dicionário aurélio.

E esta pacificação social está no rol dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, I da Constituição Federal), sendo uma das atribuições do magistrado, como agente político, a implementação de alternativas jurisdicionais, adequadas e céleres, para a consecução desse objetivo (art. 5º, LXXVIII, também da CF).

O conselho nacional de justiça define, que é um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a

uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

Dessa forma, a conciliação pode ocorrer tanto dentro de um processo judicial como fora dele, nas hipóteses de conflitos ainda não judicializados.

Inicialmente, registre-se que a Lei 10.444/02 alterou o Código de Processo Civil de 1973, dentre outros pontos, quanto à denominação da primeira audiência a ser realizada no processo, já que antes era audiência de conciliação e após passou-se a denominar-se audiência preliminar. Eis a atual redação do CPC: Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o

Processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2o. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a “audiência preliminar” tem entre os seus principais fins o da tentativa de conciliação, objetivo que, além de eliminar o conflito mais rapidamente e sem tanto gasto, possibilita a restauração da convivência harmônica entre as partes.”

Ainda alertou Mauro Capalletti que “a conciliação ao contrário da decisão que declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida”, oferece a possibilidade de que as causas mais profundas do litígio sejam examinadas, recuperando-se o relacionamento cordial entre os litigantes”.

Pois bem, não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 e 330 do CPC, quais sejam, a extinção do processo sem exame do mérito ou com exame do mérito em razão da auto composição, prescrição, decadência ou julgamento antecipado da lide, e versando a causa sobre direitos que admitam transação, o artigo 331 do CPC (acima transcrito) prevê uma audiência prévia com o desígnio de tentar a composição amigável das partes e também de preparar o feito para a fase instrutória, fixando os pontos

controvertidos, decidindo as questões processuais pendentes, determinando as provas a serem produzidas e, se necessário, designando audiência de instrução e julgamento.

Como se denota, o objetivo do legislador não foi somente propiciar oportunidade exclusiva à conciliação. Existem outros objetivos a serem alcançados nessa fase processual, onde a composição da lide é apenas uma de suas etapas, tendo sido oportuna, portanto, a alteração de nomenclatura da primeira audiência realizada no procedimento estabelecido no CPC.

Assim, não ocorrendo a conciliação, o juiz, antes da audiência de instrução e julgamento, organizará o feito de molde

a evitar discussões desnecessárias, que frequentemente implicam na protelação do julgamento do processo de conhecimento, definindo, ainda, os limites dentro dos quais o feito deverá ser examinado.

Ainda dispõe o artigo em comento que a audiência preliminar deve ser marcada somente nos casos de direitos que admitirem a transação, sendo eles disponíveis ou indisponíveis. Nesse ponto, registre-se que apesar de indisponíveis, e aqui citamos alguns exemplos, como o direito a alimentos, guarda de filhos e algumas causas coletivas, o direito pode ter um conteúdo econômico transacionável apesar de irrenunciável (com efeito, as partes podem negociar sobre a forma de pagamento ou o montante do valor devido).

Por fim, Fredie Didier Jr. destaca em sua obra que há um tripé normativo em favor da conciliação: o art. 125, IV que estabelece o dever do magistrado conciliar as partes a qualquer tempo, o art. 331 que introduz no procedimento ordinário uma audiência preliminar à fase de instrução probatória e o art. 447 que prevê uma tentativa de conciliação no início da audiência de instrução.

Percebe-se que pelo código de processo civil atual a conciliação pode ser realizada em qualquer momento processual, mas por ter que dividir-se o juiz ora com a tentativa de conciliação e o saneamento do processo e ora com a tentativa de conciliação e a instrução processual, é comum que se privilegie o saneamento e a instrução que são medidas práticas e que impulsionam o processo por designação do magistrado.

O que se vê, portanto, é um processo lento, demorado, e totalmente impulsionado pelo Juiz ou expedientes cartorários, e não pelas partes, as maiores interessadas na solução do litígio. Portanto, se tem notícia de que como as audiências demoram demais para serem marcadas, os juízes facultam as partes que se manifestem sobre o interesse na realização da audiência de conciliação. No silêncio, é dado andamento ao processo sem

qualquer tentativa de acordo, prática que tem se sobreposto ao disposto no CPC.

Essa é a realidade dos dias do antigo código, apesar de prevista a audiência de conciliação esta é totalmente desprestigiada. E muito importante frisar que no código revogado a conciliação das partes é algo desprivilegiado da orbita da justiça, onde ocorre um extremo vazio para a resolução da questão através da mediação.

6. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO BRASILEIRO

Após vários anteprojetos, encontraram um, que, seguiu a tendência das legislações modernas onde o princípio da celeridade rege a realização da justiça, o anteprojeto de reforma do código, onde foi visado dar celeridade ao Poder Judiciário, possibilitando assim uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva.

Nesse contexto, pode-se dizer que os trabalhos da comissão desse anteprojeto se orientaram precipuamente por cinco objetivos, estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal, criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa, simplificar resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas como, por exemplo, o recursal, dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e, finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Então podemos sintetizar as mudanças, que o Estado promoveu, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e assim conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público,

inclusive no curso do processo judicial. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe promover, a qualquer tempo, a auto composição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais, e serão auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o mediador e o conciliador judicial.

E com isso os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a auto composição. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à auto composição. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro

nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional, preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes. Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções. O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal, inexistindo acordo na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador. O conciliador e o mediador,

ressalvadas as exceções previstas na lei, receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que haja sido deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, devendo este realizar nova distribuição. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade; atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da

administração pública; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, designada pelos juiz nas ações de Procedimento Ordinário. Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não excedentes a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição das partes. A auto composição obtida pelo conciliador ou mediador será reduzida a termo e homologada por sentença. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

7. CONCLUSÃO

Não resta dúvida que a conciliação e a mediação se apresentam como vigorosos instrumentos para a pacificação e solução de conflitos em quase todas as áreas do direito, desde que se trata de direitos disponíveis.

O Novo Código de Processo Civil, positiva de forma muito objetiva onde e quando será aplicada, cabendo aos operadores do direito, se adaptarem aos novos tempos, e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social, única forma de obtermos a melhor atuação do Poder Judiciário, e a prestação jurisdicional mais efetiva.

Aos advogados, muitos dos quais resistentes a essas modalidades de solução de conflitos, restará se adaptarem e criarem mecanismos próprios, ou em parcerias, cercando-se de profissionais especializados de outras áreas do conhecimento (psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, dentre outros), para o melhor desempenho da atividade profissional. Aos Juízes e Promotores de Justiça, caberá uma mudança de postura, com a aceitação das novas normas que regerão os procedimentos judiciais, atuando de forma menos formalista, e sensíveis à

importância das novas técnicas de solução de conflitos eleitas pelo CNJ e pelo legislador brasileiro.

Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos, na busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária, em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal, que são, dignidade humana e Cidadania.

REFERENCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Bahia: Editora JusPodium, 2007. 7 ed.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil. Vol. 2. Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

Novo Dicionário AURÉLIO da Língua Portuguesa, 3^a. Edição revista e atualizada, 2004.

Livro “Mediação Familiar”, a psicóloga Stella Breitman e a advogada Alice Porto (2001, p. 46).

Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 04.06.2016

<http://www.conima.org.br/arquivos/4682> - Acesso em 04.06.2016

<http://www.significados.com.br/conciliação-> Acesso em 02.06.2016

<https://www.tjpr.jus.br/conciliacao-> Acesso em 01.06.2016

<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao>-Acesso em 01.06.2016

TÉCNICA DE REDAÇÃO DE EMENTAS DE PARECERES JURÍDICOS E DECISÕES JUDICIAIS

CAROLINE DE MELO E TORRES: Advogada da União. Especialista em Direito do Trabalho. Foi Analista Judiciária do STJ.

RESUMO: Este estudo tem como objetivo a sistematização da técnica de redação de ementas de pareceres e decisões judiciais. Como metodologia, adotou-se a revisão da literatura e a reunião e análise de exemplos de ementas. Os resultados do estudo possibilitam a correta elaboração de ementas por meio dos operadores do Direito.

Palavras-chave: Ementa. Parecer Jurídico. Decisão Judicial. Acórdão. Sentença. Jurisprudência. Informação jurídica. Redação jurídica. Linguagem técnica. Tratamento da informação.

INTRODUÇÃO

Em tempos em que os processos de produção e disseminação da informação estão cada vez mais acelerados, encontrar precisamente os dados e documentos de que precisamos às vezes é como achar uma agulha num palheiro. Não menos desafiador, para quem produz a informação, é fazer-se encontrar.

Assim também é no âmbito jurídico.

A informação jurídica vai sendo devidamente valorizada à medida que os operadores do Direito se dão conta de que ela é o objeto do seu trabalho, produto de suas peças processuais ou consultivas.

É também preciosa ferramenta de trabalho, especialmente levando em consideração as mudanças que ao longo dos últimos anos vêm sendo implementadas no Direito Processual brasileiro, com crescente adoção do sistema de precedentes.

A informação jurídica caracteriza-se, ainda, como patrimônio da instituição da qual fazem parte os membros que a produzem, formando um banco de dados que traduz o seu pensamento.

O domínio da informação jurídica por parte do operador do Direito garante não só ganho de tempo em suas atividades diárias, evitando-se o retrabalho, como uniformidade e atualidade na atuação.

De acordo com o art. 943, § 1º, do CPC, a adoção de ementa é obrigatória nos acórdãos. Apesar de não ser obrigatória, é desejável nos pareceres e também nas sentenças e decisões monocráticas.

EMENTA

O termo vem do latim *ementum*, que quer dizer ideia, pensamento. Pode ser entendido como apontamento, lista, rol, resumo, síntese, sumário.

No âmbito legislativo, refere-se à epígrafe do texto legal.

No âmbito jurisprudencial e administrativo – o que interessa no presente estudo –, é o resumo daquilo que está na decisão ou no parecer.

Nesse contexto, a ementa apresenta duas finalidades: resumo e resgate. Resumo do conteúdo jurídico da peça; resgate da informação ali constante.

Uma boa ementa substitui, em um primeiro momento, a leitura do inteiro teor da decisão ou do parecer, propiciando ao leitor a seleção daquela peça como útil ou não à sua pesquisa.

A ementa contém duas partes: verbetação e dispositivo.

No exemplo abaixo, a verbetação é a primeira parte da ementa; o dispositivo, a segunda:

“RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHO A CÉU ABERTO.

- Em face da ausência de previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto. Recurso de revista conhecido e provido.”

VERBETAÇÃO

A verbetação é uma sequência de palavras-chave ou expressões que delimitam o objeto da ementa.

Tem como funções a categorização/classificação da decisão ou do parecer e a facilitação do resgate da informação.

Deve ser construída levando em consideração uma relação de gênero para espécie, partindo do ramo do Direito, depois tratando do assunto e, por fim, trazendo os temas abordados.

Exemplos:

Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Comissão Processante. Composição.

Processual Civil. Mandado de Segurança. Competência. Licitação. Ato praticado por dirigente de empresa pública.

Em geral, as palavras-chave vêm grafadas em caixa alta ou em letras maiúsculas, e negritadas, com a finalidade de se

destacar da parte dispositiva da ementa. O destaque é interessante, mas não há essa exigência, e, em se tratando de verbetização muito longa, essa apresentação pode ficar cansativa para o leitor.

A inserção do termo “ementa” na verbetização é desnecessária e até redundante. Também o é a inclusão do resultado da decisão ou da conclusão do parecer, pois acarretará a poluição do campo com informação repetida.

O que é de fato relevante é a utilização de termos técnicos, os quais, observando a necessária padronização da linguagem, asseguram o atendimento das finalidades da verbetização.

De grande auxílio na escolha dos termos a serem usados na verbetização é a consulta a um vocabulário jurídico controlado (Tesouro Jurídico), que é uma lista organizada de termos jurídicos, os quais passam por um controle de precisão e uniformidade, evitando sinonímia atécnica.

Indicamos a consulta ao Vocabulário Jurídico constante da página de pesquisa de jurisprudência do sítio do Superior Tribunal de Justiça: <http://www.stj.jus.br/SCON/thesaurus/>.

DISPOSITIVO

O dispositivo é um enunciado que resume o entendimento sobre determinada questão que foi objeto da decisão ou do parecer ou regra deles resultante.

Deve ser uma proposição com um sentido completo, trazendo em si o conteúdo da tese ou questão jurídica abordada.

Assim, deve conter em sua estrutura: o *entendimento* adotado, dentro de determinado *contexto*, com a sua *fundamentação*.

Exemplos:

“Não cabe habeas corpus [*entendimento*] contra decisão condenatória a pena de multa [*contexto*], pois tal condenação não acarreta ameaça ou violação do direito de locomoção [*fundamentação*].”

“Os juros moratórios são acumuláveis com os compensatórios [*entendimento*] nos processos relativos à desapropriação [*contexto*], haja vista que possuem fundamentos diferentes, pois, enquanto os moratórios são decorrentes do atraso no pagamento na indenização, os compensatórios se destinam a reparar o prejuízo advindo da ocupação antecipada do imóvel pelo Poder Público [*fundamentação*].”

“Compete ao Tribunal Regional Federal solucionar conflito de competência [*entendimento*] verificado, na respectiva região, entre juízo federal e juízo estadual, quando este último estiver investido de jurisdição federal [*contexto*], pois as decisões judiciais proferidas em qualquer destes juízos estão submetidas à apreciação daquele Tribunal em eventual recurso [*fundamentação*].”

Consideramos que o local apropriado para a inclusão do resultado da decisão ou da conclusão do parecer é o dispositivo da ementa. A informação é útil e evita que o leitor tenha que consultar o inteiro teor da peça para poder acessá-la.

MAIS DE UM TEMA NA EMENTA

Que estrutura adotar quando a ementa aborda mais de um tema ou questão?

Vejamos exemplos das duas hipóteses possíveis:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. ATO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE PROVAS. DANO MORAL

'IN RE IPSA'. OCORRÊNCIA. VALOR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO COM BASE NO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. DESCABIMENTO. SUMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA.

1. A modificação das conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, relativas à presença dos requisitos ensejadores do dever de indenizar da instituição financeira, nos moldes em que pretendido, encontra óbice no enunciado sumular nº 7 desta Corte, por demandar o vedado revolvimento de matéria fático-probatória.

2. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se 'in re ipsa', prescindindo de prova.

3. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, sendo cabível a intervenção da Corte quando exagerado ou ínfimo, fugindo de qualquer parâmetro razoável, o que não ocorre neste feito.

4. O valor fixado pelas instâncias ordinárias, a título de honorários advocatícios, somente pode ser alterado se for excessivo ou irrisório, sob pena de incidência da Súmula 7/STJ.

5. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos.

6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”

“RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. PRAZO PRESCRICIONAL. DANO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. REGRA DE TRANSIÇÃO. -ACTIO NATA-. PRESCRIÇÃO TRIENAL PREVISTA NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. O entendimento desta Corte é no sentido de que, nos casos em que o fato que gerou a suposta lesão ao empregado tenha ocorrido menos de 10 anos antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003), a prescrição aplicável é a trienal, estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, contada a partir da

entrada em vigor do novo Código, ou seja, a parte teria até 11/01/2006 para propor a ação de indenização. Na hipótese, o TRT consignou que o acidente de trabalho ocorreu em 14/10/99 e que a presente ação foi proposta em 09/09/2004, na Justiça Comum. Portanto, em vista da propositura da presente ação em 09/09/2004, dentro do triênio previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, não há prescrição a ser declarada.

DANOS MORAIS. PROVA EFETIVA DO DANO. PRESCINDIBILIDADE. O dano moral surge do fato em si, tão somente, sendo despicienda a comprovação de prejuízo em decorrência das lesões sofridas. A conduta do reclamado basta para violar direito decorrente da personalidade, do que resulta ser prescindível a demonstração de humilhação, aflição, abalo à honra, à psique ou à intimidade do agente passivo, por se tratar de um dano -in re ipsa-. Precedentes do TST.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRITÉRIO DE QUANTIFICAÇÃO. O Tribunal Regional fixou o valor da indenização por danos morais (R\$30.000,00), equivalente a 40 vezes a última remuneração do autor, com base em elementos como o grau de culpa do reclamado, a redução da capacidade laborativa do reclamante, a gravidade do dano e a condição econômica do réu. Nesse contexto, não prospera a alegação de violação do artigo 944 do Código Civil, pois não ficou evidenciada a alegada desproporcionalidade entre o dano e a reparação.

Recurso de revista de que não se conhece.”

Na primeira ementa, a verbetização agrupa todos os temas abordados na decisão. O dispositivo vem depois da verbetização, apresentando os enunciados respectivos, seguindo a ordem adotada das palavras-chave.

Na segunda ementa, há um agrupamento por tema de cada verbetização e dispositivo respectivo, com estruturação em partes autônomas.

A leitura dos dois exemplos evidencia que a estrutura adotada na segunda ementa torna mais agradável a leitura, facilitando a identificação dos temas e a sua citação em trechos.

Por isso, recomendamos que essa estrutura em partes autônomas seja a adotada.

O QUE EVITAR NA EMENTA

Levando em consideração as finalidades da ementa, de resumo e resgate da informação, algumas práticas não são recomendadas.

Não obstante o dispositivo deva trazer o contexto da tese ou questão abordada, o relatório da decisão ou do parecer não deve ser incorporado à ementa, como no exemplo abaixo:

“Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito de anulação da designação de comissão permanente de sindicância e processo administrativo, já que composta unicamente por magistrados; argumenta o recorrente que há violação do art. 149, da Lei n. 8.119/90 e ao princípio do juiz natural e da separação de poderes.”

A ementa não deve ser lacônica, a ponto de não se identificar aquilo que consta no parecer ou na decisão, nada significando para o leitor. Por exemplo, uma ementa que contenha apenas o seguinte dispositivo:

Não deve ser conhecido o recurso especial quando inexistentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Mas também não deve ser a reprodução de toda a decisão ou parecer, afastando-se da ideia de resumo. Vemos diuturnamente ementas excessivamente extensas, repetitivas ou prolixas, que desestimulam a sua leitura e citação.

Assim, deve-se procurar não fazer transcrições longas demais de textos legais, doutrinários ou jurisprudenciais no corpo da ementa.

LINGUAGEM TÉCNICA

É comum observarmos em boa parte das peças jurídicas a predileção por uma linguagem rebuscada, recheada de arcaísmos, de vocabulário estrangeiro ou de palavras não usuais.

Entretanto, pareceres e decisões judiciais não são textos literários, e sim peças técnicas.

Por isso, recomendamos, especialmente nas ementas, a utilização da linguagem técnica, a qual tem as seguintes características:

- a) clareza, possibilitando a fácil compreensão de ideias;
- b) precisão, com a adoção da *terminologia* própria, evitando o uso de sinônimos não técnicos, que dificultam a padronização;
- c) concisão, em contraposição à prolixidade;
- d) objetividade, livre de expressões que denotem opinião pessoal exagerada;
- e) coerência, demonstrando conexão, congruência entre as ideias.

Nesse contexto, podemos enumerar algumas dicas para uma boa redação:

- a) usar a ordem direta (sujeito antecede predicado), a não ser quando a ordem direta prejudicar a clareza do texto. Um exemplo em que a ordem direta prejudicou a clareza é a redação da Súmula Vinculante 13. O ideal seria que o predicado, por ser mais curto no caso, tivesse antecedido o sujeito:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

b) entre duas palavras com o mesmo sentido, preferir a mais simples, a mais usual (ex.: ao invés de “alienígena”, usar “estrangeiro”).

c) usar a terminologia, ou seja, os termos técnicos do Direito:

- roubo, ao invés de assalto;
- recurso extraordinário, ao invés de apelo extremo;
- embargos de declaração, ao invés de aclaratórios;
- petição inicial, ao invés de peça vestibular, exordial.

d) evitar clichês, formas arcaicas, coloquialismo, termos em sentido figurado:

- sodalício (sociedade de pessoas que vivem juntas)
- acórdão recorrido:
 - verrumado (furado com verruma – broca);
 - vergastado (batido com vergasta – chicote, açoite);

- objurgado (repreendido com aspereza);
- profligado (lançado por terra, abater, destruir);
- hostilizado (tratado hostilmente, tratado como a um inimigo).
- “Na alcatifa da ADI...” (tapete que reveste o chão)

e) evitar o uso de palavras estrangeiras, à exceção de casos de uso consagrado, em que falta uma tradução exata (ex.: *bis in idem*).

f) observar a pontuação:

- Todos foram até o Ministro.
- Todos foram, até o Ministro.

g) evitar imprimir caráter excessivamente pessoal ao texto:

- “...voracidade arrecadatória do Fisco”;
- “... sanha recursal do agravante”.

CONCLUSÃO

A ementa de uma decisão judicial ou de um parecer jurídico tem por finalidade o resumo e resgate da informação, e substitui, em um primeiro momento, a leitura do inteiro teor da decisão ou do parecer, propiciando ao leitor a seleção daquela peça como útil ou não à sua pesquisa.

A ementa é composta por duas partes: verbetação e dispositivo.

A verbetação é uma sequência de palavras-chave ou expressões que delimitam o objeto da ementa. Tem como funções a categorização/classificação da decisão ou do parecer e a facilitação do resgate da informação.

O dispositivo é um enunciado que resume o entendimento sobre determinada questão que foi objeto da decisão ou do parecer ou regra deles resultante. Deve conter em sua estrutura: o *entendimento* adotado, dentro de determinado *contexto*, com a *suafundamentação*.

Na hipótese de haver mais de um tema na ementa, recomendamos, a cada tema, o agrupamento da verbetação e dispositivo respectivos, com uma estruturação em partes autônomas.

A redação da ementa não deve ser lacônica, nem extensa demais, evitando-se a reprodução integral da decisão ou do parecer, a transcrição de relatório ou de longos trechos de textos legais, doutrinários ou de precedentes jurisprudenciais.

Na redação da ementa deve ser utilizada a linguagem técnica, com suas características de clareza, precisão, concisão, objetividade e coerência.

DA EXPLORAÇÃO FLORESTAL: BREVES COMENTÁRIOS ÀS DISPOSIÇÕES INSTITUÍDAS PELA LEI Nº 12.651/2012

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados

de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Neste aspecto, o presente visa analisar as disposições estabelecidas na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, sobre a exploração florestal.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Exploração Florestal. Tutela Jurídica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Da Exploração Florestal: Breves comentários às disposições instituídas pela Lei nº 12.651/2012.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de

mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio,

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos

Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas*”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º, inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** -

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna - Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2015.

espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente,

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N.º 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o

de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015: “*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*”.

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna - Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa

Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2015.

física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica

também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos,

considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “*recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora*”[16]. Nesta esteira, o termo *fatores abióticos* abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

[16] BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “*é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora*”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, *caput* e §1º, incisos I, III e IV.

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.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N°

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

3.540, “*não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso*”[20]. Verifica-se, assim, que o

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício

das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja

espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de

observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 14 nov. 2015.

exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

4 Da Explora o Florestal: Breves comentários às disposi es instituídas pela Lei n  12.651/2012

Em sede de comentários introdutórios, cuida reconhecer, em consonância com os ditames estabelecidos na Lei n  12.651, de 25 de maio de 2012[21], que dispõe sobre a prote o da vegeta o nativa; altera as Leis nós 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nós 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n  2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras provid ncias, que a explora o de florestas nativas e forma es sucessoras, de domínio público ou privado, ressalvados os casos previstos nos arts. 21, 23 e 24, dependerá de licenciamento pelo  rgo competente do SISNAMA, mediante aprova o prévia de Plano de Manejo Florestal Sustentável - PMFS que contemple técnicas de condu o, explora o, reposi o florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme. O PMFS atender  os seguintes fundamentos técnicos e científicos: I -

[21] BRASIL. **Lei n  12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a prote o da vegeta o nativa; altera as Leis nós 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nós 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n  2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

caracterização dos meios físico e biológico; II - determinação do estoque existente; III - intensidade de exploração compatível com a capacidade de suporte ambiental da floresta; IV - ciclo de corte compatível com o tempo de restabelecimento do volume de produto extraído da floresta; V - promoção da regeneração natural da floresta; VI - adoção de sistema silvicultural adequado; VII - adoção de sistema de exploração adequado; VIII - monitoramento do desenvolvimento da floresta remanescente; IX - adoção de medidas mitigadoras dos impactos ambientais e sociais.

A aprovação do PMFS pelo órgão competente do SISNAMA confere ao seu detentor a licença ambiental para a prática do manejo florestal sustentável, não se aplicando outras etapas de licenciamento ambiental. O detentor do PMFS encaminhará relatório anual ao órgão ambiental competente com as informações sobre toda a área de manejo florestal sustentável e a descrição das atividades realizadas. O PMFS será submetido a vistorias técnicas para fiscalizar as operações e atividades desenvolvidas na área de manejo. Respeitado o disposto no artigo 31 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012[22], que dispõe sobre a proteção da

[22] BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de

vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências, serão estabelecidas em ato do Chefe do Poder Executivo disposições diferenciadas sobre os PMFS em escala empresarial, de pequena escala e comunitário. Para fins de manejo florestal na pequena propriedade ou posse rural familiar, os órgãos do Sisnama deverão estabelecer procedimentos simplificados de elaboração, análise e aprovação dos referidos PMFS. Compete ao órgão federal de meio ambiente a aprovação de PMFS incidentes em florestas públicas de domínio da União.

São isentos de PMFS: I - a supressão de florestas e formações sucessoras para uso alternativo do solo; II - o manejo e a exploração de florestas plantadas localizadas fora das Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal; III - a exploração florestal não comercial realizada nas propriedades rurais a que se refere o inciso V do art. 3º ou por populações tradicionais. As pessoas físicas ou jurídicas que utilizam matéria-prima florestal em suas atividades devem suprir-se de recursos oriundos de: I -

2001; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

florestas plantadas; II - PMFS de floresta nativa aprovado pelo órgão competente do SISNAMA; III - supressão de vegetação nativa autorizada pelo órgão competente do SISNAMA; IV - outras formas de biomassa florestal definidas pelo órgão competente do SISNAMA. São obrigadas à reposição florestal as pessoas físicas ou jurídicas que utilizam matéria-prima florestal oriunda de supressão de vegetação nativa ou que detenham autorização para supressão de vegetação nativa. É isento da obrigatoriedade da reposição florestal aquele que utilize: I - costaneiras, aparas, cavacos ou outros resíduos provenientes da atividade industrial II - matéria-prima florestal: a) oriunda de PMFS; b) oriunda de floresta plantada; c) não madeireira. Ao lado disso, a isenção da obrigatoriedade da reposição florestal não desobriga o interessado da comprovação perante a autoridade competente da origem do recurso florestal utilizado.

A reposição florestal será efetivada no Estado de origem da matéria-prima utilizada, mediante o plantio de espécies preferencialmente nativas, conforme determinações do órgão competente do SISNAMA. As empresas industriais que utilizam grande quantidade de matéria-prima florestal são obrigadas a elaborar e implementar Plano de Suprimento Sustentável - PSS, a ser submetido à aprovação do órgão competente do SISNAMA. O PSS assegurará produção equivalente ao consumo de matéria-prima florestal pela atividade industrial. O PSS incluirá, no

mínimo: I - programação de suprimento de matéria-prima florestal II - indicação das áreas de origem da matéria-prima florestal georreferenciadas; III - cópia do contrato entre os particulares envolvidos, quando o PSS incluir suprimento de matéria-prima florestal oriunda de terras pertencentes a terceiros. Admite-se o suprimento mediante matéria-prima em oferta no mercado: I - na fase inicial de instalação da atividade industrial, nas condições e durante o período, não superior a 10 (dez) anos, previstos no PSS, ressalvados os contratos de suprimento mencionados no inciso III do § 2º; do artigo 34 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012[23], que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências; II - no caso de aquisição de produtos provenientes do plantio de florestas exóticas, licenciadas por órgão competente do Sisnama, o suprimento será comprovado posteriormente mediante relatório anual em que conste a localização da

[23] BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

floresta e as quantidades produzidas. O PSS de empresas siderúrgicas, metalúrgicas ou outras que consumam grandes quantidades de carvão vegetal ou lenha estabelecerá a utilização exclusiva de matéria-prima oriunda de florestas plantadas ou de PMFS e será parte integrante do processo de licenciamento ambiental do empreendimento. Serão estabelecidos, em ato do Chefe do Poder Executivo, os parâmetros de utilização de matéria-prima florestal para fins de enquadramento das empresas industriais no disposto no caput do artigo 34 da legislação em comento.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

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

<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

_____. **Lei N°. 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

_____. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

_____. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 14 nov. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 14 nov. 2015.