

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 736

(Ano VIII)

(10/11/2016)

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

COLUNISTA DO DIA



10/11/2016 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [A desmistificação do caráter da pena: a ineficácia do direito penal como fator de contenção da criminalidade](#)

ARTIGOS

10/11/2016 Adriano Gomes Sousa

» [Feminicídio: assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher](#)

10/11/2016 Ricardo Gaiotti Silva

» [Aspectos gerais a respeito da responsabilidade do administrador público](#)

10/11/2016 Rodrigo Pimentel de Carvalho

» [O abono de permanência e a necessidade de revisão do instituto](#)

10/11/2016 Luiz Carlos Zimmermann

» [A tutela jurídica da privacidade na internet: análise da responsabilização civil do provedor a partir do marco civil](#)

10/11/2016 Tauã Lima Verdian Rangel

» [O Reconhecimento do Direito ao Saneamento Ambiental pelo STJ: Primeiras Linhas da Supremacia do Mínimo Existencial Socioambiental em prol da Dignidade da Pessoa Humana](#)

10/11/2016 Abimael Aparecido Hammer

» [A responsabilidade do Estado nas fraudes empresariais](#)

10/11/2016 Wellington Cacemiro

» [Sinopses acadêmicas: apontamentos à Lei da Ficha Limpa e a controversa decisão técnica do Supremo](#)

A DESMISTIFICAÇÃO DO CARÁTER DA PENA: A INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL COMO FATOR DE CONTENÇÃO DA CRIMINALIDADE

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

1-INTRODUÇÃO:

A questão da violência e criminalidade assume posição destacada entre os temas em discussão na sociedade, seja no âmbito acadêmico das ciências sociais, seja no temário para discursos políticos e conversações populares.

Existe um consenso quanto à necessidade de conter-se a "escalada" da criminalidade e indicam-se os mais variados caminhos para a consecução desse objetivo. A tendência natural é a eleição do Direito Penal com seu aparato repressivo-punitivo como via se não única, preponderante, no chamado "combate" à violência. No entanto, conforme se procurará demonstrar no decorrer do presente trabalho, o Direito Penal fracassa extraordinariamente neste mister e mais enfaticamente ainda na suposta função recuperadora ou ressocializadora, enfocando especialmente as penas privativas de liberdade como expressão, por excelência, da repressão jurídico-penal .

Neste sentido um enfoque histórico das origens da pena privativa de liberdade, vem a demonstrar que ela nem sempre existiu com esse caráter, sendo inicialmente tão somente um meio de reter o condenado até a execução da pena imposta. Essas penas eram muito mais graves e violentas,

atingindo a própria integridade corporal e a vida [1]. Portanto, verifica-se que do terror nasceu a necessidade de procurar justificativas para a pena. Estas justificativas rumaram para um caminho natural de dar à pena uma finalidade de evitar a prática de crimes e, ainda buscando uma face ainda mais humanitária, veio o mito da recuperação do criminoso, da pena como tratamento ou terapia.

Ocorre que o Direito Penal ao longo dos tempos tem demonstrado a inverdade destes enunciados e na atualidade desvela sua crise, após ser usado para os mais diversos fins sob o manto de sua função protetora da sociedade.[2]

Na realidade, o Direito penal jamais cumpriu a sua tão decantada função de conter a prática de crimes. Isso porque, embora o crime seja sempre resultado de uma construção legal, na sua gênese e posteriormente no seu cometimento a despeito da ameaça de punição, há inquestionáveis elementos extrajurídicos que vão desde variáveis políticas, sociais, econômicas, etc., até situações fáticas imprevisíveis e incontroláveis, como sói acontecer nos chamados crimes passionais. Pode-se dizer, parodiando o dito popular que "cada sociedade tem os criminosos que merece".

O Direito Penal é neste quadro apenas um dos agentes, funcionando como um imprescindível parâmetro de condutas, um indicador de princípios, assemelhado à concepção Kantiana que vê a pena como um "símbolo de reprovação".[3]

Assim sendo, não se deve confundir o caráter salutar e funcional do controle da conduta humana com o excesso de fiscalização e monitoramento, invadindo liberdades que não prejudicam a harmonia social.

Dentre os extremos com que convivemos nos dias atuais, ora tendendo à teorização de um chamado "abolicionismo" penal, ora a uma exacerbação do acervo punitivo, com um direito penal "simbólico", considerado a panacéia para todos os males, procurar-se-á uma visão equilibrada da questão, na qual os horizontes sejam abertos a outros campos de solução de conflitos, reservando ao Direito Penal uma área específica onde funcione como "ultima ratio" . Vale dizer, pretende-se expor a realidade do caráter

da pena, revelando sua derrocada no sentido pedagógico, mas conservando sua utilidade/funcionalidade dentro de certos limites.

2- BREVE HISTÓRICO:

Na antigüidade foi desconhecida a privação da liberdade como sanção penal. O encarceramento sempre existiu, mas seus objetivos eram apenas como custódia dos réus para futura aplicação de penas que variavam nesse período basicamente entre a pena de morte, as penas corporais e as infamantes.

Durante a idade média a pena privativa de liberdade também não aparece, permanecendo apenas sua finalidade custodial para aplicação das mais terríveis torturas e mutilações. A pena de prisão apenas surge timidamente para punições de pequena monta, vislumbrando-se no Direito Canônico a origem da pena celular como elemento reformador do infrator. Aliás as denominações "cela", "penitenciário" e "penitenciária" são oriundas do Direito Canônico.

Somente na idade moderna, na segunda metade do século XVII é que iniciou-se um movimento de grande importância para o desenvolvimento das penas privativas de liberdade na Europa, com a criação de prisões organizadas para correção dos apenados.

Cabe, porém a observação de que a evolução da pena não se deu de maneira homogênea e uniforme, entrecortando-se períodos históricos e regimes penais. A divisão com destaque a períodos da história tem meramente função didática e organizacional.

Tal evolução não foi diferente no Brasil. Há relatos de um Direito Penal Indígena com informações bastante imprecisas, mas também apontando para a preponderância das penas corporais e a privação da liberdade apenas como custódia.^[4] Já no período colonial, sob a égide das Ordenações Afonsinas, Manoelinas e posteriormente Filipinas, imperava um regime de terror com penas corporais, de morte e infamantes.

Somente durante o Império é que surgiu a preocupação com a dignidade da pessoa humana, à luz da Constituição de 1824. Aí então

destaca-se a pena de prisão não são como fonte de prote o e castigo, mas também como meio de corre o do infrator. Havia ainda , porém, penas de morte, degredo, banimento, etc.

Com o código de 1890, no período republicano   que a pena privativa de liberdade em suas diversas modalidades, vem a monopolizar o cenário punitivo brasileiro.

Em 1940 foi promulgado o novo Código Penal, onde a reclusão e a deten o são as penas privativas de liberdade previstas, reservada a prisão simples para as contraven oes penais, complementando o elenco das medidas principais, a pena de multa.

A prisão exsurge como o "centro de gravidade dos esquemas político-criminais", até a atualidade, quando inicia-se uma ligeira altera o, tendendo-se ao destaque das penas pecuniárias e restritivas de direitos. O ECA (Lei 8069/90) prevê a presta o de serviços   comunidade como "medida sócio-educativa" aut noma (art. 117) e ainda mais contundente   a novel Lei 9099/95 que privilegia claramente as penas alternativas com caráter descarcerizador e até despenalizador, apontando para um futuro de reformula oes gerais dos conceitos e idéias no campo do Direito Penal.

Saliente-se porém que passa-se por um momento paradoxal neste sentido, pois que a legisla o ao mesmo tempo que tende às reformula oes supra mencionadas, mant m uma postura em outros diplomas legais que d  amplo prestígio   exaspera o da priva o da liberdade (v.g. Leis 8072.90, 9034/95,9455/97, 9503/97 (CTB) e 9613/98).

3- PENA DE PRISÃO: INCOMPATIBILIDADE ENTRE OBJETIVOS E NATUREZA

A pena de prisão surge concomitantemente a uma volta de olhos   figura do criminoso e não somente ao fato do crime. Com isso nasce até mesmo no leigo um conceito de tríplice finalidade da pena, pois "ao menos no plano racional, o preso   colocado na penitenciária para ser punido, intimidado e, principalmente, reformado".[\[5\]](#)

Talvez cause espécie a menção na atualidade de "punição retributiva" como um dos objetivos da pena. Entretanto, há que se desvelar o fato de que essa característica jamais deixou de estar presente em qualquer tipo de punição por mais que se pretenda encobrir sua existência ou sublimar a apenação legal com pseudo-finalidades , muitas vezes inatingíveis.

Com uma visão realista , poderemos demonstrar a funcionalidade e necessidade do Direito Penal e especificamente da pena de prisão, mas ao mesmo tempo indicaremos que eles devem ser analisados e aplicados tendo em conta suas verdadeiras e exequíveis funções, de modo a não permitir que construções irreais possam autorizar abusos ou, a extremada impressão da absoluta inutilidade de sua existência. Certamente, neste campo, a abordagem da realidade crua poderá causar impacto, mas este é o único caminho fértil, não obstante árido como já prevenia Maquiavel: "Todavia, como é meu intento escrever coisa útil para os que se interessarem, pareceu-me mais conveniente procurar a verdade pelo efeito das coisas, do que pelo que delas se possa imaginar."^[6]

Desde o seu nascedouro a prisão é contraditória com e mesmo entre seus objetivos. O fim sublime da regeneração do criminoso está sempre vinculado à estigmatização, ao deslocamento da vida social normal, sempre vedando reações e raciocínios de um homem livre.

A retribuição também é ilusória porquanto jamais se conseguirá o equilíbrio entre o mal causado e o infligido, nem mesmo apelando para a chamada Lei de Talião. No entanto, como já exposto , a retribuição continua arraigada pela natureza humana à idéia de pena, prevalecendo no cidadão comum a concepção de que o detento não pode ter uma vida melhor ou igual em conforto ou comodidade que a daqueles libertos em sua mesma condição social.^[7]

Essa avidez de retribuição, pela sua natureza, impossibilita a recuperação nas palavras de Bernard Shaw^[8]: "Para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias."

Ao mesmo tempo em que se pretende demonstrar ao preso que sua liberdade é a paga pelo mal perpetrado, pretende-se obter sua adaptação à

vida carcerária, objetivando sua readaptação à vida livre. Logicamente é paradoxal esta posição e pouco provável que aquele adaptado à vida prisional esteja realmente reformulado e recuperado para a liberdade. Na verdade a reação natural, inerente ao instinto de preservação é que o detento, especialmente de longa pena, a partir do encarceramento inicial, tenha por objetivo principal a evasão e não a regeneração.[\[9\]](#)

As convivências carcerária e livre são conceitos antinômicos . "Ajustar alguém a controles institucionais fornece mínima segurança de que tal ajustamento permanecerá existindo, depois que os controles forem removidos"[\[10\]](#), mesmo porque o mundo da prisão é completamente diverso e até em certos pontos antagônico, daquele existente extramuros. No dizer de Thompson, "parece, pois, que treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativeiro, afigura-se absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas."[\[11\]](#)

Zaffaroni[\[12\]](#) se refere à cadeia como uma "máquina de deteriorar". Afirma que "a prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão, (...). O preso ou prisioneiro é levado a condições de vida que nada têm a ver com as de um adulto: é privado de tudo que um adulto faz ou deve fazer usualmente em condições e limitações que um adulto desconhece." E continua: "Por outro lado, o preso é ferido na sua auto-estima de todas as formas imagináveis, pela perda da privacidade, revistas degradantes, etc. A isso some-se as condições deficientes de quase todas as prisões (superlotação, alimentação ruim, falta de higiene)."

Essa nefasta conjuntura leva ao fenômeno denominado "prisionização" ou "prisionalização", que mergulha a pessoa numa verdadeira "cultura carcerária".

Em interessante trabalho, Carlos Alberto Marchi de Queiroz[\[13\]](#) se refere à tendência carcerária em imitar, desvirtuando, dando uma feição peculiar , a conformação social regular, mencionando inclusive a existência de um "Tribunal da Morte" na Casa de Detenção de São Paulo, presidido na época por um detento alcunhado "Formigão".

Na esteira do estudioso português Boaventura de Souza Santos [14], podemos detectar um ordenamento jurídico informal a despeito das normas oficiais, sejam as derivadas das leis, sejam as regulamentares afetas diretamente aos presidiários em seu dia a dia.[15]

Dostoiévski[16] , cuja experiência pessoal constitui, pela riqueza da sensibilidade do autor, verdadeiro trabalho de campo, fala sobre a notória diferenciação entre as relações sociais do mundo da prisão e do mundo livre: "Tive ocasião de reparar que, entre os presos, não havia amizades; não falo da amizade geral; esta existia e forte; falo da amizade particular; que podia unir dois presos. Esta, quase não existia entre nós e isto é digno de nota, pois não acontece o mesmo em liberdade." (grifo nosso) .

O egresso é, na verdade, adaptado ao cárcere, pois todo o esforço reformador é baldado pela tentativa de recuperar pessoas de temperamentos diversos por meio de uma "disciplina uniforme"[17], fato este já previsto por Beccaria[18] : É por uma falsa idéia de utilidade que se procura submeter uma multidão de seres sensíveis à singularidade simétrica que pode receber uma matéria bruta e inanimada."

Mas, não é só da análise criminológica que se poderá concluir o que até agora tem sido demonstrado. A psicologia e a sociologia têm nos brindado com numerosas demonstrações do equívoco (proposital ou não) da teoria da reforma por intermédio da segregação.

Neste sentido destacamos a ilustração de Maria Lúcia Vieira Violante[19] que em trabalho de campo com os menores infratores então recolhidos à Febem, aborda a difícil encruzilhada em que se encontra o infrator, entre as opções de manter-se no estereótipo do "menor infrator", obedecendo suas regras intrínsecas e extrínsecas, para uma boa reputação e convivência na unidade , ou adaptar-se aos modelos que a sociedade pretende impor-lhe por meio da educação e orientação ali oferecidas. A reeducação neste quadro conflitivo afigura-se obra utópica, de modo que julgamos oportuna sua menção, embora não tenhamos a pretensão de tratar profundamente a questão do menor, porque vale salientar que se a reforma do menor se mostra tão trabalhosa, imagine-se o que dizer de um

detento de faixa etária superior e possivelmente já mais recrudescido no crime.

Toda essa problemática é constatável até em maior grau no criminoso maior em cativeiro. Marginalizado pela sociedade, certamente não estará sozinho à margem e se sentirá aceito no grupo de iguais onde é enclausurado, afigurando-se-lhe difícil optar pelo abandono dessa cultura que o aceitou a despeito da recusa social, para integrar-se no modelo que a sociedade lhe impõe.

A autora supra menciona revela o caso de um menor apelidado "Pilantra" que sofria represálias dos demais por demonstrar-se adaptado aos padrões dos orientadores, de modo que era tido como informante. Isso é também verificável analogamente nas prisões de maiores, onde determinados detentos de bom comportamento são utilizados nos trabalhos internos, sob denominação vulgar de "presos faxina", servindo não raras vezes como delatores e sentindo a mesma repulsa que a descrita quanto ao menor acima na Febem. Sem mencionar a contradição e hipocrisia reinantes nesses detentos, pois se procura, em tese, infundir-lhes regeneração moral e ao mesmo tempo se lhes fomenta a vileza da delação. Podemos notar neles mais claramente o duro conflito entre a adaptação ao cárcere e sua adaptação aos padrões impostos pela sociedade, onde grupos distintos pressionam cruelmente ambos os lados, ficando o detento entre a cruz e a espada. Não raras vezes, pudemos observar o repúdio desses presos perante a comunidade prisional e seu traumático retorno ao seu seio quando eventualmente destituídos de suas regalias por alguma falta disciplinar. Saliente-se que ordinariamente esse tipo de preso é mantido separado dos demais em celas normalmente denominadas pelos encarcerados em seu vocabulário peculiar de "seguro".

Eis que a sociedade se esquece que o homem, esteja ele em qualquer situação, requer dignidade e a busca pelo caminho mais rápido ao seu alcance. Se é oprimido pelo sistema, certamente procurará e encontrará sua dignidade, seu "status" em alguma subcultura. "De fato, onde há poder, há resistência, como diz Foucault, e sempre que se impõem mundos, se criam submundos, fala Goffman."[\[20\]](#)

Vale salientar que além do dilema exposto, demonstra-se a pseudocientificidade das avaliações sociais, psicológicas e psiquiátricas a que são submetidos os reclusos e a precariedade das "oportunidades" que lhes são apresentadas, pois que tudo estará sempre envolto em uma situação contraditória, artificial e hipócrita. Nesse diapasão encontramos elucidativo artigo da lavra de Alvin August de Sá[21], onde delinea as limitações dos exames criminológicos e a necessidade de levar em consideração no bojo dos mesmos as "conseqüências negativas da experiência carcerária".

Finalmente, chegamos à prisionalização como resultado de todo esse contexto, definida como "a forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos"[22], finda por ser ela um processo criminológico diametralmente oposto ao que se pretende alcançar com a ressocialização .

Também os efeitos psicológicos da prisão são dignos de nota, uma vez que são abundantes as "psicoses carcerárias" e o efeito negativo no auto conceito do recluso. Além disso, o "problema sexual nas prisões" não deixa oculto que é impossível pensar em recuperação em um ambiente que "deforma e desnatura um dos instintos fundamentais do homem"[23].

Encerramos esta etapa com a segurança de que o fim ressocializador da pena não é assentado na meditação sobre a realidade da natureza humana e deve ser rechaçado por quem quer que tenha em mente procurar a verdade e a real necessidade do Sistema Penal. Cabem aqui as palavras de Beccaria[24]: "A moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do coração do homem." E em outra passagem[25]: "Não é só nas belas artes que é preciso seguir fielmente a natureza: as instituições políticas, ao menos aquelas que têm um caráter de sabedoria e elementos de duração, se fundam na natureza; e a verdadeira política não é outra coisa senão a arte de dirigir para o mesmo fim de utilidade os sentimentos imutáveis do homem."

4- O USO PERVERSO DO SISTEMA PENAL

No dizer de Tobias Barreto[26], "o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas político". Sua caracterização, como ademais a de todo o Sistema Penal, é a de um "fato de poder"[27], sendo altamente previsível a

deturpação de sua aplicabilidade e finalidades com o conseqüente desvio de sua ação para objetivos outros que não a defesa dos valores sociais imprescindíveis.

Neste quadro, afigura-se claro que a "marginalidade", como produto necessário ou inerente ao Capitalismo, é criada pelo próprio sistema como um descarte estrutural, revelando a artificialidade dos discursos de ressocialização, pois na verdade ao sistema não interessa primordialmente a reabilitação dos infratores e sim a sua exclusão como uma espécie de "lixo ou sobra industrial que não sabe onde depositar", para usar de uma metáfora aproximada. Verifica-se uma relação entre os processos econômicos que o mercado de trabalho apresenta e a organização penitenciária adotada, partindo-se não para uma reforma moral do apenado, mas para uma frustrada tentativa de moldá-lo de acordo com o modelo ideal subserviente à sociedade capitalista.

Mas, não somente no campo econômico se vê a utilização perversa do Direito Penal. Na área política sua utilização é bastante presente e até bem mais explícita, visando impor regimes, ideologias e combater seus adversários, transformando-os em alvo de repressão penal. Ao analisar a "situação crítica do penalismo latino-americano"[\[28\]](#), Zaffaroni aborda os motivos do descrédito do "discurso jurídico-penal" na América Latina. Indica a "perversão", o "desvio" das finalidades do Direito Penal do combate ao crime com vistas ao "bem comum", para um velado controle político voltado para a manutenção de regimes autoritários. Tal situação somente faz gerar efeitos funestos, tendo como principal conseqüência a aversão do povo à Justiça Penal.

Finalmente, cabe mencionar neste tópico a indevida atuação dos sentimentos religiosos na concepção ressocializadora da pena. Este é outro fator que leva a uma postura hipócrita e uma acomodação com referência ao tema, pois que ninguém se importa em pensar sobre a pena se ela visa um benefício ao criminoso em última instância. Salutar o pensamento de Augusto Thompson[\[29\]](#): "Desconfio que, passados outros séculos, se continuará a atribuir o malogro da reeducação penitenciária a essa mesma causa"[\[30\]](#), pois se lhe falta base racional, ela serve para resolver um conflito latente entre o inconsciente coletivo e a ideologia filosófico-religiosa

conscientemente esposada : aquele precisando dar vazão a impulsos agressivos, decorrentes de sentimentos de culpa e frustração, esta impondo o princípio de que devemos amar ao próximo como a nós mesmos. Assim, enquanto os primeiros são descarregados através da submissão de um grupo de homens à tortura e às privações cruéis da prisão, alivia-se o descumprimento do último, pela consideração de que aqueles indivíduos estão na cadeia para o seu próprio benefício, a fim de serem melhorados e salvos; e se isso ainda não foi conseguido, o foi por uma série de circunstâncias meramente eventuais e acidentais que, em breve, serão removidas, à força do trabalho entusiástico que se desenvolve com vistas a tal desiderato."

Observe-se que nem sempre os fins virtuosos produzem bons frutos, especialmente quando se fundam em maquiavar a realidade e fomentar um continuísmo acrítico. Claro que não é missão fácil e livre de atritos com setores influentes, deslindar como Maquiavel "a realidade de fato existente, mas que as pessoas não suportam enxergar"[31]: "E ainda não lhe importe incorrer na fama de ter certos defeitos, defeitos estes sem os quais dificilmente poderia salvar o governo, pois que se se considerar bem tudo, encontrar-se-ão coisas que parecem virtudes e que, se fossem praticadas lhe acarretariam a ruína e outras que poderão parecer vícios e que, sendo seguidas, trazem a segurança e o bem estar do governante."[32]

CONCLUSÕES E PROPOSTAS

DA IRRECUPERABILIDADE, NA REALIDADE ATUAL:

No momento, não temos escolha senão admitir a irrecuperabilidade do criminoso por obra dos meios que a ciência criminal nos oferece. Hoje, uma profilaxia do crime, constitui-se numa utopia.

Não se pretenda aqui atribuir esse fracasso à falta de recursos materiais para consecução dos fins ressocializadores , pois que esta é uma justificativa inconsistente e causadora de um comodismo improdutivo, como já mencionado linhas volvidas na lição de Augusto Thompson, o qual inclusive em sua obra aponta como exemplo o sistema sueco, abundante em recursos os mais modernos, e mesmo assim apresentando taxas de reincidência na casa dos 70%.[33]

Vamos ainda mais longe, afirmando que não há tratamento, seja por meio do isolamento, seja pela manutenção da convivência social em certos limites, que apresente algum resultado convincente. Mesmo o Sistema Progressivo não demonstra resultados palpáveis, embora possa seduzir no campo meramente lógico-teórico. [\[34\]](#)

Essa situação, longe de determinar a inércia do pesquisador, como se a solução para uma pergunta sem resposta fosse não formulá-la, deve fazer nascer o estudo aprofundado do problema criminal. E este estudo não se pode limitar ao mero espaço das ciências jurídicas, devendo mesclar-se com diversas áreas numa visão multi e interdisciplinar (psicologia, psiquiatria, sociologia, assistência social, economia, política, educação, relações humanas, medicina, pedagogia, etc.).

Em arremate cumpre anotar que mesmo que num ponto futuro se obtenham meios adequados para prevenção do crime e tratamento do infrator, deverão pautar-se sempre por princípios éticos que respeitem a liberdade de consciência e a diversidade. A questão não é nova e em face do desenvolvimento acelerado da engenharia genética[\[35\]](#) torna-se premente e atualíssima. A vitória sobre determinados óbices práticos à reforma do homem, como mencionado por João Bosco da Encarnação[\[36\]](#) pode enlevar os desavisados e conduzir a abusos e concepções abomináveis à semelhança (agravada pela sutileza) da teoria da raça pura, que até hoje constitui página vergonhosa da história mundial.

Concluimos que nos moldes atuais qualquer reforma só pode advir de decisão pessoal do próprio recluso, adicionada esta a uma insólita resolução extraordinariamente indelével e hermética aos fatores criminógenos do meio prisional.

DA IMPRESCINDIBILIDADE DO DIREITO PENAL E DA PENA DE PRISÃO:

A conclusão da inutilidade ou reprovabilidade intrínseca do Direito Penal, seria fruto de uma análise com tons maniqueístas, desprezando o caráter funcional e utilitário da pena enquanto instrumento de normalização social. Vemos o problema, não no Direito Penal ou na pena, mas especificamente na idéia que se tem desses objetos e no seu mau uso

motivado por interesses outros que não a busca do bem comum. É preciso ter em conta que "o problema gravíssimo da criminalidade não se resolve através do Direito Penal. O crime é fenômeno que deriva de problemas estruturais da sociedade."[\[37\]](#)

Assim sendo, a atuação em termos de educação, saneamento, assistência social, criação de empregos, etc., revela-se muito mais produtiva na prevenção do crime do que qualquer medida de repressão penal. Já dizia Beccaria[\[38\]](#): "É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los(...)." E ainda destacando a educação como principal atividade preventiva: "(...) o meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação."[\[39\]](#)

O Direito Penal não pode, portanto, ser visto como fator de contenção do crime, mas na verdade deve funcionar como um indicador de princípios que norteia o agir humano, demonstrando o repúdio social a determinadas condutas incriminadas. "Kant considerava que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade."[\[40\]](#)

Concordamos com o aspecto de uma lógica de princípios contido nessa posição. No entanto, não vemos o Direito Penal sob tamanha esterilidade prática. Durkheim e Foucault[\[41\]](#) apresentam concepções condizentes com nossas conclusões quanto ao Direito Penal, considerando-o um arcabouço de princípios imprescindíveis à manutenção da sociedade. Portanto, não só indica princípios, repudia condutas indesejáveis e deletérias, como assume uma posição "sistêmica", sendo fator de funcionalidade da vida em sociedade.

Esta é a base do chamado "discurso relegitimante sistêmico"[\[42\]](#), onde o caráter da pena é "meramente utilitário ou instrumental dentro do sistema".

Essa guinada no entendimento do caráter da pena, segundo concluímos, produzirá uma modificação na atuação dos agentes, especialmente da máquina judiciária, pois que a atuação desta está diretamente ligada ao tipo de teoria que se tem a respeito da pena. A título

de exemplo, podemos mencionar que um juiz poderia condenar a uma pena de reclusão um indivíduo que comete pequenos furtos, sob o argumento lógico de que estaria obrando para sua reforma moral. Entretanto, tal pena adquiriria contornos de crueldade e desproporção se fosse analisada sob a ótica da segregação necessária.

Visível, porém, que tudo implica numa mudança radical da visão atual do Sistema Penal e sua construção deve partir do núcleo de formação dos operadores do direito, ou seja, das universidades, dos bancos acadêmicos.

Despidos da venda negra do discurso reformador, podemos reduzir o campo penal à repressão das condutas graves, deixando as demais a cargo de outras áreas do direito (Civil, Administrativa, etc.) . Isto, além de reforçar a confiança popular na Justiça Penal, pois que teria maiores condições de abranger os conflitos a si indicados, não deixando a maioria sem resposta como hoje ocorre, teria o efeito de tornar mais efetiva e certa a punição, o que inibiria a esperança do infrator em não ser descoberto, satisfazendo um dos sábios enunciados de Beccaria[43]: "Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo,(...)."

É dessa segurança na punição do criminoso que precisamos, sendo ela impossível de descartar numa visão realista da humanidade sem desprezar até mesmo o caráter retributivo da pena, embora irracional, mas inerente à natureza do homem. Podemos sempre nos valer do pragmatismo de Maquiavel[44] para quem "tanto aquele que recusa o uso da força como quem nela se sustenta cegamente são incapazes de enfrentar as contradições da sociedade."

Não obstante os inúmeros defeitos e inconveniências atribuídos à pena de prisão, como dissemos antes, a problemática se deve à deturpação de suas funções com estabelecimentos de objetivos irrealizáveis. Ela em si é na realidade uma alternativa imprescindível e a única resposta punitiva viável descoberta até o momento para a segregação e contenção de indivíduos que atentem contra bens jurídicos de relevo. Acrescente-se ainda que o Direito Penal e a prisão têm o condão de sacralizar a punição das

condutas, evitando a banalização de sua autoria como poderia ocorrer com outros modelos de solução de conflitos.

Malgrado isso, toda a utilidade e necessidade do Direito Penal pode diluir-se em pó a perpetuar-se uma falsa idéia de suas funções, empregando-se-o com impropriedade para ir contra todo tipo de violência. Advirta-se na esteira de Alberto Silva Franco^[45], que "o pampenalismo, isto é, a utilização do Direito Penal como uma espécie de 'panacéia para todos os males', quando não traduz uma bastardização deste instrumento de controle social, pode representar uma completa desmoralização decorrente de sua inoperância e ineficácia."

NOTAS:

[1] Michel FOUCAULT. Vigiar e Punir. p. 25.

[2] Eugêneo Raúl ZAFFARONI. Em busca das penas perdidas.

[3] João Bosco da ENCARNAÇÃO. Que é isto, o Direito?. p.95.

[4] René Ariel DOTTI. Bases e alternativas para o sistema de penas. p.14.

[5] Augusto THOMPSON, A questão penitenciária. p.5.

[6] Niccoló MACHIAVELLI. O Príncipe. p.90.

[7] Cezar Roberto BITENCOURT. Falência da Pena de Prisão.p.55/56.

[8] Augusto THOMPSON. A questão Penitenciária. p.5.

[9] Carlos Alberto Marchi de QUEIROZ. O Direito de Fugir.p.110.

[10] Augusto THOMPSON. A Questão Penitenciária. p.12.

[11] Ibid. p.12/13.

[12] Eugêneo Raúl ZAFFARONI. Em busca das penas perdidas.p.135.

[13] Carlos Alberto Marchi de QUEIROZ. O Direito de Fugir. p. 100.

[14] Boaventura de Souza SANTOS. Uma cartografia simbólica das representações sociais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 13:253/277.

[15] Explícito neste sentido é também o trabalho do mencionado Carlos Alberto Marchi de Queiroz que traz o que chama de "Um manual de sobrevivência na prisão", reduzindo a uma espécie de código, artigo por artigo, normas para uma boa convivência no presídio.

[16] Fiodor M. DOSTOIÉVSKI. Memórias da Casa dos Mortos.p.135 e 260.

[17] Julio Pires PORTO-CARRERO. Adaptado ao Cárcere, Apud Roberto LYRA, João Marcello de ARAUJO JR.. Criminologia.p.138/139.

[18] Cesare BECCARIA. Dos Delitos e das Penas. p.118.

[19] Maria Lúcia Vieira VIOLANTE. O Dilema do Decente Malandro.

[20] Maria Lucia Vieira VIOLANTE. O dilema do decente malandro.p.161.

[21] Alvino Augusto de SÁ. A recuperação dos sentenciados e a questão do exame criminológico versus parecer das comissões técnicas de classificação. Revista Brasileira de Ciências Criminais,p.203/217.

[22] Cezar Roberto BITENCOURT. Falência da Pena de Prisão.p.170/175.

[23] Ibid. p.175/183.

[24] Cesare BECCARIA. Dos Delitos e das Penas. p.24.

[25] Ibid. p.77.

[26] Apud Eugêneo Raúl ZAFFARONI. Em busca das penas perdidas. p.203.

[27] Ibid. p.201/204.

[28] Eugêneo Raúl ZAFFARONI. Em busca das penas perdidas. p.11/45.

[29] Augusto THOMPSON. A Questão Penitenciária. p.16.

[30] O autor aborda a "inconsistência de atribuir o fracasso da prisão regeneradora à deficiência dos recursos materiais."

[31] Maria Lucia de Arruda ARANHA. Maquiavel, a lógica da força. p.82.

[32] Niccolò MACHIAVELLI. O Príncipe. p.91.

[33] Augusto THOMPSON. A Questão Penitenciária. p.109.

[34] Thompson também aborda o tema sob o epígrafe "O tratamento em comunidade", concluindo por sua ineficácia e vislumbrando na verdade uma camuflagem ideológica para economia de custos, mascarada em benevolência e tolerância.

[35] Antonio BERISTAIN. Bioética Y Nuevos "Deberes" - Derechos Humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 13:21/31.

[36] "Por óbvio, não há justiça forçada. O que se consegue, no máximo, é diminuir a injustiça para com a vítima da ação egoísta, mas não tornar o egoísta à força, um altruísta." In Que é isto, o Direito?, p. 26.

[37] Carlos Alberto Marchi de QUEIROZ. O Direito de Fugir. p. 25.

[38] Cesare BECCARIA. Dos Delitos e das Penas. p. 125.

[39] Ibid. p. 132.

[40] Cezar Roberto BITENCOURT. Falência da Pena de Prisão. p.106.

[41] Flávia Inês SCHILLING. Sobre homens e crimes: construindo um diálogo tenso entre Marx, Durkheim e Foucault. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 13:284/285.

[42] Eugêneo Raúl ZAFFARONI. Em busca das penas perdidas. p. 85/88.

[43] Cesare BECCARIA. Dos Delitos e das Penas. p. 80.

[44] Maria Lucia de Arruda ARANHA. Maquiavel, a lógica da força. p. 48.

[45] Alberto Silva FRANCO. Crimes Hediondos. p. 36/37.

FEMINICÍDIO: ASSASSINATO DE UMA MULHER PELA CONDIÇÃO DE SER MULHER

ADRIANO GOMES SOUSA: Pós graduado em Perícias Forenses(Faculdade LS), Pós graduando em Direito Processual Penal e Bacharel em Ciência da Computação(Centro Universitário da Bahia)

RESUMO: Neste artigo, o Femicídio é tratado sob uma perspectiva teleológica, objetivando-se, primeiramente, correlacionar a desigualdade histórica entre mulheres e homens à criação da lei nº 13.104/2015, discutindo a necessidade desta tipificação. Em seguida, pretende-se definir um contraponto sobre a efetivação do princípio constitucional da igualdade. Apesar dos grandes avanços realizados pelas mulheres, ainda existe uma grande distância a ser percorrida na busca da igualdade material. Com a tipificação do Femicídio, o Brasil avança nessa tentativa de diminuir a desigualdade de gênero existente.

Palavras-Chave: Femicídio, desigualdade de gênero, princípio constitucional da igualdade.

ABSTRACT: In this article, the Femicide is treated under a teleological perspective, aiming to, first, correlate the historical inequality between men and women to the creation of the law 13,104 / 2015, discussing the need for this classification. Then, we intend to set a counterpoint on the realization of the constitutional principle of equality. Despite the great advances made by women, there is still a great distance to be covered in the pursuit of material equality. With the characterization of Femicide, Brazil advances in trying to reduce the existing gender inequality.

Key-Words: Femicide, gender inequality, constitutional principle of equality.

1 - INTRODUÇÃO

O crime de feminicídio é definido em lei como o homicídio praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, seja por envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação à sua condição de mulher.

Para dirimir as controvérsias acerca da inclusão do crime de feminicídio no Código Penal é necessário analisá-lo em uma perspectiva teleológica; revelar, em retrospecto, a histórica inferiorização da mulher na sociedade e, finalmente, compreender o porquê da necessidade de sua proteção por meio desta Lei.

Historicamente, a mulher presenciou a lenta e gradual evolução de seus direitos. Subjugada pelo homem e subestimada culturalmente, suas oportunidades de ser eram limitadas. O avanço da igualdade perante a lei entre homens e mulheres não foi suficiente para a eficaz consolidação de seus direitos. Ainda hoje, ela encontra barreiras em uma Constituição Federal puramente formal, o que indica ser conveniente o estabelecimento de diferenciações que compensem o restrito exercício de direitos deste grupo.

É o reconhecimento desta inferiorização e desigualdade de gênero que inspira este trabalho, cujo primeiro objetivo é correlacioná-las com a criação da Lei nº. 13.104/2015, que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, incluindo-o no rol de crimes hediondos.

Para cumprir o objetivo traçado, apresentar-se-á a problemática da necessidade da tipificação deste crime, avaliando-se a existência de desigualdades históricas entre homens e mulheres e seu reconhecimento pelo Estado como um problema a ser resolvido.

Em um segundo momento, objetiva-se estabelecer um contraponto entre o feminicídio e o princípio constitucional da igualdade, fazendo uma pesquisa bibliográfica esclarecedora, que explore diferentes argumentos e entendimentos acerca do tema.

2 - RETROSPECTIVA HISTÓRICA DA INFERIORIZAÇÃO DA MULHER

Na era primitiva, fortemente influenciada por valores religiosos, homens e mulheres eram iguais perante Deus e, desta forma, conviviam em comunidade em posições de igualdade. Reconheciam-se sim as diferenças dos sexos e, a partir de tal diferenciação, o trabalho coletivo era estratificado de acordo com as características e potencialidades inerentes a cada sexo. Portanto, havia nesta época uma divisão natural de tarefas. O homem, devido a sua força e estrutura física, trabalhava fora de casa, desempenhando atividades de caça, guerra e proteção. A mulher, de físico lânguido, permanecia em casa, domesticada, gerando e criando filhos, mas também com atribuições agrícolas de cultivo, colheitas de frutos e raízes, entre outros. (AGUIAR, 2012)

Nesta análise, percebe-se que homens e mulheres exerciam participação relevante para o sustento e sobrevivência do grupo, cada qual se servindo de capacidades e habilidades imanentes. Portanto, não havia que se falar ainda em superioridade ou hierarquia masculina, como ratifica Aquino:

Inicialmente, na comunidade primitiva, a mulher ocupava uma posição de igualdade em relação ao homem (...) o papel da mulher era muito importante, pois era ela quem praticava a coleta e, portanto, garantia a sobrevivência do grupo - a descendência era, então, fixada pelo lado materno (...)A importância da mulher deveu-se também à sua condição de criadora, fixadora e transmissora de hábitos culturais, da experiência coletiva acumulada pelo grupo. (AQUINO, 1980).

Consequência de crenças religiosas fortemente presentes, a sociedade antiga é lembrada por um tipo de organização política baseada na autoridade do *pater familias*, que era chefe político, sacerdote e juiz. Desta forma, a família passa a ser a unidade da sociedade antiga. Na concepção antiga da família, da autoridade, da herança, da propriedade o

critério informativo do parentesco civil esta relação de dependência e subordinação ao poder paterno. (WOLKMER, 2006)

Antes da colonização do Brasil, a sociedade indígena tinha um modelo bem próximo à época primitiva. A base da sociedade também era a família, geralmente composta pelo pai, mãe e filhos, e a divisão do trabalho era feita com base nas diferentes características do sexo. No período do “Descobrimento”, os primeiros portugueses trouxeram sua ideologia e discurso discriminatório sobre o papel das mulheres, do qual as indígenas não se encaixavam.

As primeiras mulheres europeias, que aqui chegaram, eram em sua maior parte, prostitutas e criminosas e vieram apenas para satisfazer às necessidades dos colonizadores. Com a observância de que os índios não serviam para o trabalho pesado, trouxeram escravos da África. As mulheres africanas foram escravizadas, violentadas moralmente e fisicamente. E assim se inicia a sociedade brasileira

Consideradas pecadoras e muito próximas dos prazeres carnis pela Igreja Medieval, uma herança nunca esquecida do mito do pecado original de Eva, que foi condenada ao sofrimento, à inferiorização e à dominação, as mulheres passaram a ser consideradas disseminadoras do mal e, por isso, deveriam manter-se afastadas dos religiosos, para que não caíssem em tentação. E, assim, foram negligenciadas nesta época, sob a tutela do pai ou do marido, submissas e dependentes, não participavam da elaboração das leis, sendo obrigadas a obedecê-las puramente. (LEAL, 2012). O papel da mulher na sociedade era apenas de ser esposa, procriar e cuidar dos filhos. Desempenhando trabalhos meramente domésticos, as mulheres não podiam nem mesmo ser alfabetizadas.

(...) as mulheres mais fracas e inclinadas ao pecado devem ser trazidas à rédea. O dever primeiro do chefe da casa era vigiar, corrigir, matar, se preciso, sua mulher, suas irmãs, suas filhas (...) a feminilidade representava o perigo. (DUBY e PERROT, 1990 apud AGUIAR,2012)

Portanto, na era medieval a violência contra a mulher surge no interior de seu próprio lar, muitas vezes com conivência geral. Uma semente plantada, que iria desencadear um complexo e lamentável fenômeno histórico e cultural, cuja superação ainda hoje parece inalcançável.

O Código Civil de 1916, fruto da referida ideologia patriarcal, atribuía ao marido a chefia da sociedade conjugal e, assim, retirava da mulher boa parte da sua capacidade civil por ocasião do matrimônio. Segundo Diniz (2003), subtraiu-se da mulher a legitimação para certos atos, principalmente negócios jurídicos, sem a permissão do marido. Entretanto, com a criação da Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher casada), que institui a igualdade jurídica entre os cônjuges, as mulheres passam a ter um pouco mais de liberdade e autonomia embora o marido continuasse a ser o chefe familiar. Estabelece-se, assim, junto com a publicação de outras leis esparsas – a do divórcio, da união estável, do reconhecimento de filhos - a derrocada da sujeição marital e do próprio Código Civil de 1916.

Afastando-se da Idade das Trevas, as relações econômicas, políticas, sociais, científicas, culturais e artísticas renascem. Nesta primeira etapa da idade moderna, as mulheres ainda permanecem fechadas em suas casas, limitadas ao trabalho doméstico. Porém, com a Revolução Industrial, as mesmas começaram a trabalhar excessivamente nas fábricas e minas de carvão, uma opressão sofisticada, já que, muitas vezes, trabalhavam mais que os homens e recebiam apenas um terço ou metade do salário deles. (BORGES, 2008). Assim, mesmo com toda a inovação trazida pelo Iluminismo neste período, o mundo continuava a ser masculino e as mulheres seguiam enfrentando e sofrendo com relação aos estigmas e preconceitos inerentes ao seu sexo.

Contemporaneamente, desde que as revoluções francesas e americanas inauguraram o capitalismo dos dias atuais, a corrente filosófica iluminista, que atribuía o primado à razão, inspirava as mulheres a reivindicar publicamente direitos políticos e legais, sua cidadania. (AGUIAR, 2012). Tais reivindicações alcançaram bons resultados como a conquista do direito ao voto e à representação política (BORGES, 2008).

No Brasil, Getúlio Vargas, promulga o novo Código Eleitoral que garante o direito ao voto às mulheres brasileiras em 1932.

Em 1985 foi criada a primeira Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM), devido à opressão e o desrespeito aos seus direitos, além de práticas discriminatórias cometidas até mesmo pelo poder público. Quando uma mulher, tempos atrás, ia a uma delegacia denunciar que havia sido espancada pelo próprio marido, por exemplo, nada era resolvido. Essas delegacias foram criadas no intuito de dar atenção diferenciada às mulheres vítimas de violência, além de ser um ambiente onde as mesmas se sintam mais à vontade para relatar sua história.

As reivindicações de igualdade deram motivos à conquista da Constituição Federal de 1988, que garante a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei. Para Borges (2008), trata-se de “uma das Constituições mais avançadas do mundo no que se refere à condição feminina”.

E, em 1996, o Congresso Nacional incluiu um sistema de cotas na Legislação Eleitoral que obriga os partidos a inscreverem, no mínimo, 20% de mulheres nas chapas proporcionais.

Mesmo que se verifique hoje que há avanços significativos sobre a conquista da igualdade, a agressão doméstica ainda é exacerbada. Houve grandes alterações no Código Penal como a lei 10.886 que traz a violência doméstica como crime, a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha e a mais recente a Lei 13.104/2015, conhecida como Lei do Femicídio, aprovada em 9 de março de 2015. Um forte indício de que a sociedade, o Estado e as próprias mulheres valorizam a intervenção penal como enfrentamento da violência contra a mulher.

3 - O PORQUÊ DO FEMINICÍDIO

Não resta dúvida que as mulheres foram impiedosamente condenadas, discriminadas, violentadas e podadas em todos os aspectos ao longo de sua evolução e, até nos dias de hoje, experimenta, mesmo que de forma indireta, recordações desta triste história, ao tentar

consolidar seus direitos efetivamente. Também é certo que a violência contra mulher é atualmente um dos males que assolam e desafiam a sociedade em todo mundo.

Ao longo da História, nos mais distintos contextos socioculturais, mulheres e meninas são assassinadas pelo tão só fato de serem mulheres. O fenômeno forma parte de um contínuo de violência de gênero expressada em estupros, torturas, mutilações genitais, infanticídios, violência sexual nos conflitos armados, exploração e escravidão sexual, incesto e abuso sexual dentro e fora da família. (BIANCHINI et al, 2015)

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2013), o Brasil registrou 16,9 mil feminicídios entre 2009 e 2011, especialmente em casos de agressão perpetrada por parceiros íntimos. Vale ressaltar que o estudo preliminar do Ipea investigou apenas os óbitos, ou seja, não levou em consideração as inúmeras formas de violência contra a mulher existentes, quais sejam, agressão verbal, abuso emocional, agressão física ou sexual, que, por certo, contribuem para a magnitude do problema.

Este estudo mostrou que as taxas e números dos feminicídios foram elevados em todas as regiões e Unidades Federativas brasileiras. A tabela 1 revela que o Espírito Santo é o estado brasileiro com a maior taxa de feminicídios, seguido por Bahia e Alagoas, todos com taxas superiores a média nacional de 5,52 casos a cada 100 mil mulheres, no período analisado.

Ainda de acordo com o Ipea, uma mulher é agredida e morta a cada hora e meia no Brasil e um terço dos crimes acontece dentro de casa. Isto sem contar com as vítimas que não reconhecem que estão sofrendo um tipo de abuso ou não querem procurar ajuda em delegacias e órgãos especializados.

Estudos como estes, capazes de revelar que, nestes casos, a principal causa dos óbitos é a violência doméstica e familiar contra a mulher, tornam compreensíveis e louváveis as ações preventivas e repressivas de combate à violência contra a mulher. Principalmente quando se torna clara a motivação desses crimes pela condição feminina, evidenciada em toda uma estrutura social machista de poder, posse e controle sobre a mulher.

Muitos países já criminalizam o feminicídio, principalmente os latino-americanos. No Brasil, esta tendência entra em vigor a partir do corrente ano, a Lei 13.104 prevê a inclusão do crime de feminicídio no código penal como crime hediondo. A Lei o tipifica como um crime praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, seja em decorrência de violência doméstica e familiar, seja por menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O embate entre os que justificam a necessidade de tal criminalização e os acreditam que a mesma é desnecessária, tendo em vista que já se encontra regrada nos tipos penais, é inevitável e se faz tão fortemente presente que é capaz de esconder a gravidade do problema. Independente do consenso para essa discussão há um entendimento mínimo:

(...) a morte das mulheres pelo fato de serem mulheres é produto das relações de desigualdade, de exclusão, de poder e de submissão, que se manifestam generalizadamente em contextos de violência sexista contra as mulheres. Trata-se de um fenômeno que abarca todas as esferas da vida de mulheres, com o fim de preservar o domínio masculino nas sociedades patriarcais. (BIANCHINI et al, 2015)

Segundo Bianchini et al (2015), criminalizar gênero-especificamente significa estar congruente com a gravidade do caso. Os tipos penais ditos neutros, genéricos e superficiais não conseguem contemplar aspectos culturais, patriarcais, machistas ou religiosos

inerentes ao fenômeno da violência contra a mulher, favorecendo a impunidade.

A cultura machista da sociedade brasileira afeta o julgamento dos homens que mataram suas mulheres, principalmente no tribunal do júri, pois são evidentes as formas de repressão contra as mulheres, baseadas em opiniões e valores que as inferiorizam. Ratifica-se, assim, a necessidade de se punir com mais rigor os crimes por razão de gênero, ou seja, quando a mulher morre simplesmente por ser mulher. Ao atribuir a um crime uma pena mais grave ou equipará-lo a hediondo, alguns dispositivos jurídicos tornam a punição mais rigorosa e o autor do homicídio não terá direito a sair da prisão até cumprir parte significativa da pena.

Isto não quer dizer que a vida de uma mulher tenha mais relevância que a vida dos outros, nem muito menos é um privilégio. A lei do feminicídio tão-somente parte do pressuposto de que a mulher, em um relacionamento, tem uma situação de vulnerabilidade em relação ao homem e que, por isso, em situações de agressão, precisa de maior proteção.

Com o mesmo propósito, a também recente Lei Maria da Penha já foi um importante passo contra os crimes menores, como ameaça e lesão corporal. O feminicídio representa certa evolução do direito, pois a partir dele, os crimes maiores contra as mulheres – homicídio – terão tratamento especial.

4 - A QUESTÃO DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL

Salienta Maciel (1997), que apesar de o princípio da igualdade ser memoravelmente destacado nas Constituições brasileiras, nem sempre os legisladores compreendiam deste modo. A primeira Constituição Republicana, de 1891, mencionava votante toda a população maior de 21 anos que se alistasse, na forma da lei. Os legisladores entenderam que ela demonstrava a finalidade de descartar as mulheres.

O esforço da mulher para sua verdadeira cidadania certifica Maciel (1997), só obteve resultados a partir da formação, em 1922, por

Bertha Lutz, da primeira organização de mulheres – a Federação Brasileira para o Progresso Feminino –, no qual seu objetivo primordial era a obtenção do direito de voto em equivalência de condições com o homem.

Após anos de sua criação, e com muito esforço, a primeira vitória da organização foi conquistada quando, nas eleições para a Constituinte de 1934, as mulheres alcançaram o reconhecimento do direito de voto e a autorização de comparecerem às urnas como eleitoras e como candidatas.

Ao longo de cinco décadas difíceis, ainda conforme Maciel (1997), num corpo social tradicionalmente dominado pelos homens, as mulheres foram adquirindo condições de igualdade, combatendo todos os tipos de discriminações. Assim, mesmo depois da inegável evolução da Constituição de 1988, as mulheres ainda enfrentam o preconceito, seu maior oponente, fixado, principalmente, nos costumes.

Assim sendo, quem acredita que a lei do feminicídio representa uma forma de discriminar a sociedade paternalista, o faz por que acredita na forma imposta de igualdade formal, em que se estatui que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Entretanto, tal premissa carece de uma análise mais ampla da realidade da mulher brasileira.

Segundo Paes (2015), as mulheres além de enfrentarem a divisão desigual do trabalho e assumirem a maioria das atividades domésticas, ainda recebem 30% a menos do que os homens como remuneração. Situações como esta, que causam dependência financeira e vulnerabilidade em relação aos seus parceiros, fazem com que grande parte delas se submeta à violência doméstica.

Reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos. Trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à

sua proteção e não à sua tutela. PAES, 2015 apud HERMANN, 2007.

Portanto, deve-se prezar a igualdade material, que, como já ensinava Aristóteles, significa “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Só assim, tem-se a efetivação do preceito da isonomia consagrado na Constituição. Entretanto, primeiro é preciso reconhecer a existência das desigualdades históricas entre homens e mulheres, além de assumir o discurso das diferenças em detrimento do discurso da igualdade.

(...) certas discriminações são positivas, pois constituem, na verdade, preceitos compensatórios como solução para superar as desigualdades. Mesmo que o tratamento isonômico já esteja na lei, ainda é preciso percorrer um longo caminho para que a família se transforme em espaço de equidade (PAES, 2015).

O art. 226, §8º da Constituição Federal (“*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*”) é suficiente o bastante para fundamentar a recente atuação do Estado em combate à violência de gênero, legitimando, assim, o feminicídio como ferramenta de compensação das desigualdades de fato, que satisfaz as peculiaridades deste grupo menos favorecido (PAES, 2015). Desta forma, a lei do feminicídio não é inconstitucional. Ao contrário, a lei visa exatamente o alcance da efetivação deste princípio.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualificadora do feminicídio é um grande passo na direção do reconhecimento, por parte do poder público, da existência das desigualdades de gênero que por muito tempo foi ocultado. A quem diga que é um retrocesso na busca pela igualdade e no combate à discriminação, mas não é! É um homicídio praticado em razão do gênero.

Logo, se um desconhecido mata uma mulher atropelada, não incidirá a qualificadora. Mas se for assassinada pelo ex-marido, sim.

A igualdade preconizada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a material, onde se trata igual os iguais e os desiguais de forma desigual. Isso ocorre porque apenas ter igualdade de direitos não é suficiente para que não haja desigualdades. O princípio da igualdade não deve estar apenas escrito em uma folha de papel e sim em constante discussão no dia-a-dia da sociedade. A falta de diálogo e as vivências reais desses grupos discriminados fazem com que esse princípio não seja efetivado como está positivado na Constituição

O feminicídio trata a mulher de forma diferente apenas pelo fato dela ser submetida a tratamento diferente na realidade da sociedade, por conta disso o qualificador não está violando o princípio constitucional da igualdade. O direito deve atuar para concretizar o princípio, além de defender o bem jurídico “vida humana”.

A tentativa de encontrar uma igualdade de gênero não existe com normas que não levam em conta as questões culturais da sociedade. São essas peculiaridades que o direito deve atender para sempre buscar o mais justo.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. **Os Primeiros Brasileiros**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

BORGES, Andreza Koenig. **Da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher à Seletividade na Lei Maria da Penha**. Biguaçu, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v 1: Teoria Geral do Direito Civil. 20ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<http://www.ipea.gov.br/portal/> acesso em 27/04/2015

<http://www.spm.gov.br/lei-maria-da-penha/lei-maria-da-penha/norma-tecnica-de-padronizacao-das-deams-.pdf> acesso em 27/04/2015 página 7

LEAL, Larissa do Socorro Martins. **As Várias Faces da Mulher do Medievalo**. Linguagem, Educação e Memória. 3ed. Pará, 2012.

MACIEL, Eliane C. B. de Almeida. A Igualdade entre os Sexos na Constituição de 1988. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/159/10.pdf?sequence=4>

PAES, Mariana Armond Dias. **Feminicídio: uma questão de igualdade e gênero**. disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/mariana-paes-feminicidio-questao-igualdade-genero>

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ASPECTOS GERAIS A RESPEITO DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

RICARDO GAIOTTI SILVA: Mestre em Direito pela PUC/SP, mestrando em Direito Canônico pela Universidad Pontificia de Salamanca (Espanha), advogado.

Resumo: As responsabilidades do administrador público é um tema constante nos debates políticos, jurídicos e sociais. Tais responsabilidades possuem esferas administrativas, civis e penais, desta maneira, o objeto deste trabalho é apresentar em linhas gerais os deveres e poderes dos administradores públicos, bem como suas responsabilidades consistem no objeto deste trabalho, a fim de iluminar o estudo deste tema importante no cenário nacional.

Palavras-chaves: administrador público; interesse público; probidade administrativa; responsabilidade.

Introdução

A responsabilidade do administrador público é um tema que vem reiteradamente sendo analisado tanto nos meios jurídicos, com pela sociedade em geral. Uma das razões para o estudo do tema são os inúmeros escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos. Além disso, tal responsabilidade possui uma particularidade que são as instâncias civil, administrativa e penal, no qual ela é tratada, podendo inclusive haver comunicabilidade entre essas instâncias.

Contudo, o primeiro passo para o estudo da matéria é a compreensão da figura do administrador público. A expressão agentes públicos tem sentido amplo, significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídico. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 594).

A lei n. 8.429/92, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito na Administração Pública, reza o art. 2 da respectiva lei:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Estão incluídos na categoria de agentes públicos, os agentes políticos (Chefe do Poder Executivo, Parlamentares, Ministro de Estado, etc.), os servidores estatutários, os militares, os empregados públicos, os servidores temporários, os particulares que prestam serviços de interesse do Estado (concessionários, permissionários, mesários eleitorais, jurados populares entre outros).

O agente público deve cumprir estritamente os deveres que lhe são impostos pela lei e pelos regulamentos aplicáveis. Caso, contudo, desatenda as tais determinações, dependendo da natureza do ilícito, poderá ser apenado com a responsabilização civil, penal, político-administrativa ou administrativa funcional.

Os administradores públicos são aqueles que gerem bens e interesses da comunidade, esses gestores da coisa pública, investidos de competência decisória, passar a ser autoridades, com poderes e deveres específicos do cargo ou função e, conseqüentemente, com responsabilidades próprias de suas atribuições.

Os agentes públicos, dentre eles os administradores, possuem direitos e deveres. Os poderes e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é poder e o que é dever do gestor público, porque, estando sujeito ao ordenamento jurídico geral e às leis administrativas especiais, só essas normas poderão catalogar, para cada entidade, órgão, cargo, função, serviço ou atividade pública, os poderes e deveres de quem os exerce.

A respeito dos agentes políticos, nos ensina José dos Santos:

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins. Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores). Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas. Com a devida vênia a tais estudiosos, parece-nos que o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem efetivamente (e não eventualmente) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país. (CARVALHO FILHO, 2015, pgs. 594 e 595).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que a ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando a ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo). (DI PIETRO, 2013, p. 586)

Enfim, após breve explanação do conceito norteador do tema proposto, passemos a analisar os poderes e deveres dos agentes administrativos, dentre eles do administrador público, bem como suas responsabilidades.

Os poderes e deveres

Cada agente administrativo é investido de certa “parcela” de poder público para o desempenho de suas atribuições. Esse poder é referente ao atributo do seu cargo ou da função, não podendo ser usado, ou identificável como privilégio, tanto é que o agente, quando despido da função ou fora do exercício do cargo não pode usar da autoridade pública, nem invoca-la com o objetivo de se colocar em uma posição diferente aos demais cidadãos. Agindo assim, sua conduta será caracterizada como abuso de poder e, conforme o caso, tipificaria o crime de abuso de autoridade, definido e punido pela lei 4.898/65. O agente fora de suas funções deixa de ser autoridade, igualando-se aos demais cidadãos.

Por outro lado, o direito positivo não confere apenas poderes aos administradores públicos, estabelece também certos deveres que devem ser por eles cumpridos para evitar que sejam responsabilizados pelo descumprimento. Dentre tantos deveres que lhes são cometidos, destacam-se: da probidade; de prestar contas; e de eficiência.

O dever da probidade, nos ensina José dos Santos:

pauta-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração, ou seja, o administrador não deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração. O administrador probo há de escolher, por exemplo, o particular que melhores condições oferecem para

contratação, ou o indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública. Enfim, deverá ser honesto, conceito extraído do cidadão médio. A improbidade acarreta vários efeitos para o administrador, além de ter suspenso seus direitos políticos, submete-se à perda da função pública, à indisponibilidade de seus bens e à obrigação de ressarcir o erário público pelos danos que cometeu, sem contar a ação penal a que terá de responder, tais efeitos estão expressos no art. 37 § 4 da CF. (CARVALHO FILHO, 2015, pg. 65).

Além disso, a lei n. 8.429/92, dispõe sobre os atos de improbidade administrativa, estes que podem ser caracterizados de três formas: os que dão ensejo a enriquecimento ilícito; os que geram prejuízo ao erário; e os que ofendem os princípios da Administração Pública.

É interessante observar que a lei abrange todo e qualquer agente público, seja qual for a situação que o vincule ao Poder Público, bem como aqueles que, não sendo agentes, concorram para as condutas de improbidade ou delas se beneficiem.

Por fim, destaca-se que a prática do crime de responsabilidade enseja responsabilização do agente político mediante existência de um processo adequado e justo, denominado de processo de impeachment, o qual é o instituto de responsabilidade constitucional de agentes políticos, por meio do qual o Poder Legislativo avalia politicamente se a conduta do governante é atentatória aos interesses nacionais. (BATISTI, 2015, p. 128).

A previsão do impeachment encontra-se disposto no artigo 52 da Constituição Federal e na Lei nº 1.079/1950 que define os crimes de responsabilidade em relação ao Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao Procurador Geral da República, aos Governadores e Secretários de Estado. O artigo 2º desta lei define as sanções e a quem elas podem ser aplicadas em decorrência dos crimes de responsabilidade. Os chamados crimes de responsabilidade são infrações que geram sanções político-administrativas, aplicáveis aos

agentes políticos definidos na Lei 1.079/1950 e no Decreto-Lei nº 201/1967, sendo processada perante o foro especial da autoridade.

Quanto ao dever de prestar contas ele decorre do dever natural atribuído aos administradores públicos de gestão de bens e interesses da coletividade, por isso devem prestar contas de suas atividades. A prestação de contas pode ser realizada através dos órgãos escalonados em graus hierárquicos, ou externamente, nesse caso, o controle de contas é feito pelo Poder Legislativo por ser ele o órgão de representação popular. No legislativo se situa, organicamente, o Tribunal de Contas, que, por sua especialização, auxilia o Congresso Nacional na verificação de contas dos administradores. (CARVALHO FILHO, 2015, pg. 67).

O dever de prestar contas alcança não só a Administração centralizada, mas também os agentes de entidades a ela vinculadas e até mesmo outras pessoas que recebem subvenção governamental. Além disso, há de se destacar a Emenda Constitucional n. 40/2003, que alterou o inciso V do art. 163 da CF, para consignar que a lei complementar a que se refere o dispositivo deverá dispor, entre outras matérias, sobre a fiscalização financeira da administração pública direta e indireta, tratando-se, da possibilidade de serem criados outros instrumentos de controle dos órgãos administrativos, a par dos muitos já existentes. (CARVALHO FILHO, 2015, pg. 68).

Quanto ao dever de eficiência dos administradores públicos, novamente recorreremos ao ensinamento de José dos Santos:

reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa. Perfeição, celeridade, coordenação, técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e produzem maior eficiência no seu desempenho. A eficiência produz efeitos e causa benefícios à própria coletividade. A eficiência funcional é, pois, considerada não só a produtividade relativa ao cargo ou da função, mas também como perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração. (CARVALHO FILHO, 2015, pg. 68)

Neste ponto, convém assinalar que a técnica é inseparável da Administração, considerando que a atividade administrativa é um *múnus* público para quem a exercita, com isso, usar normalmente o poder é uma prerrogativa, é emprega-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público, devendo ser utilizado sempre em benefício da coletividade administrativa. Entretanto, nem sempre o administrador utilizada adequadamente esse instrumento, caracterizando o que se denomina abuso de poder.

No direito brasileiro o abuso do poder tem merecido sistemático refúgio da doutrina e jurisprudência, e para isso há o mandado de segurança, cabível contra ato de qualquer autoridade (CF art. 5 LXIX e lei 12016/2009), e assegurou a toda pessoa o direito de representação contra abusos de autoridade, como por exemplo, na CF art. 5 XXXIV, a; complementado com a lei 4.898/65, que pune criminalmente esses mesmos abusos de autoridade. (MEIRELLES, 2006, p. 214)

Outra forma de manifestação de abuso de poder ocorre quando o agente público, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público, caracterizando-se o desvio de finalidade.

A respeito da finalidade nos ensina José dos Santos:

Os autores modernos mostram a existência de um elo indissociável entre a finalidade e a competência, seja vinculado ou discricionário o ato. A finalidade, retratada pelo interesse público da conduta administrativa, não poderia refugir ao âmbito da competência que a lei outorgou ao agente. Em outras palavras, significa que, quando a lei define a competência do agente, a ela já vincula a finalidade a ser perseguida pelo agente. Daí a acertada observação de que “ocorre o desvio de poder quando a autoridade administrativa, no uso de sua competência, movimenta-se tendente à concreção de um fim, ao qual não se encontra vinculada, ex vi da regra de competência”.

Segundo alguns especialistas, o desvio de finalidade seria um vício objetivo, consistindo no distanciamento entre o exercício da competência e a finalidade legal, e, por tal razão, irrelevante se revelaria a intenção do agente. Não endossamos esse pensamento. Na verdade, o fato em si de estar a conduta apartada do fim legal não retrata necessariamente o desvio de finalidade, vez que até por erro ou ineficiência pode o agente cometer ilegalidade. O desvio pressupõe o animus, vale dizer, a intenção deliberada de ofender o objetivo de interesse público que lhe deve nortear o comportamento. Sem esse elemento subjetivo, haverá ilegalidade, mas não propriamente desvio de finalidade. (CARVALHO FILHO, 2015, pg. 68).

Enfim, para impedir os abusos praticados pelas autoridades públicas, sejam administradores, julgadores ou legisladores, o texto constitucional definiu alguns instrumentos como remédios constitucionais: o mandado de segurança, com fundamento no art. 5 LXIX, da CF, regulamentado pela Lei. 12.016/09, a ação popular, prevista no art. 5 LXXIII, da CF, e na Lei n. 4.717/65, e o mandado de injunção, instruído no art. 5 LXXI da CF, além do direito de representação contra abusos de autoridade, definido no mesmo art. 5, inciso XXXIV, a da CF, os crimes de abuso de autoridade, delineados na Lei n. 4.898/65 e as medidas decorrentes de atos de improbidade, constantes no art. 37 § 4, também do texto constitucional, e na Lei n. 8429/92.

Responsabilidades dos administradores públicos

Os administradores públicos devem cumprir estritamente os deveres que lhe são impostos pela lei e pelos regulamentos aplicáveis. Caso, contudo, desatenda as tais determinações, dependendo da natureza do ilícito, poderá ser apeado com a responsabilização civil, penal, político-administrativa ou administrativa.

Responsabilidade civil

A responsabilidade civil, em regra, diz a respeito daquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e

causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (Código Civil 186), devendo arcar com as consequências de seu ato. No caso, a responsabilidade civil do administrador é da espécie subjetiva, ou seja, em que necessita averiguar-se a sua conduta foi decorrente de culpa ou dolo.

Pode ser definida como a imputação, ao servidor público, da obrigação de reparar o dano que tenha causado à Administração ou a terceiro, em decorrência de conduta culposa ou dolosa, de caráter comissivo ou omissivo. (CARVALHO FILHO, 2015, pg. 777).

A responsabilidade civil é de ordem patrimonial, que aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. (DI PIETRO, 2013, 684)

Além da conduta e da razão que norteou sua conduta (culpa ou dolo), exige-se, para cogitar-se da responsabilização civil do administrador público, que haja um dano a terceiro, seja material ou moral. Assim, compondo o rol de requisitos, deve haver um nexu lógico e causal entre a conduta do agente e o dano causado ao terceiro.

A apuração, usualmente, ocorre na esfera administrativa, por meio de sindicância ou processo administrativo, assegurado o devido processo legal, conseqüentemente, com a possibilidade de o administrador público produzir as provas que julgar necessárias a sua defesa e ao esclarecimento dos eventos ocorridos.

Comprovada sua responsabilidade, a Administração Pública dele exige o pagamento correspondente o dano havido, seja por descontos autorizados pelo Estatuto do qual o agente faça parte. Caso, haja resistência, por parte responsabilizado pelo dano causado em espontaneamente promover o pagamento correspondente, deverá o prejudicado recorrer ao Poder Judiciário, recompondo seu patrimônio por meio de medida judicial própria.

Caso o Estado venha a ser responsabilizado, por terceiros, em razão de danos que tenham sido causados em função da conduta culposa ou dolosa, poderá, regressivamente, dele obter o ressarcimento do encargo

sofrido, a rigor do art. 37 § 6 da CF, parcialmente reproduzido no art. 43 do Código Civil.

Responsabilidade administrativa

O agente público, dentre eles o administrador público, no desempenho de suas atribuições, caso descumpra as obrigações e deveres que lhe são impostos por lei ou regulamento, poderá sofrer sanções de natureza administrativa. A apuração da infração, a defesa e a decisão consequente realizam-se dentro da própria Administração Pública, obedecido o devido processo legal, a rigor do art. 5, LV, da Constituição Federal.

José dos Santos, considera que a responsabilidade administrativa deve ser apurada em processo administrativo, assegurando-se ao servidor o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como a maior margem probatória, a fim de possibilitar mais eficientemente a apuração do ilícito. Constatada a prática do ilícito, a responsabilidade importa a aplicação da adequada sanção administrativa (CARVALHO FILHO, 2015, pg. 779). Tal procedimento não exclui eventuais responsabilizações civis, criminais ou políticos-administrativas.

Normalmente observam-se nos regimes jurídicos relativos aos agentes e administradores públicos a possibilidade de aplicação das seguintes sanções: advertência ou repreensão; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Há prazos prescricionais para a aplicação de tais sanções, os quais são fixados na lei, em conformidade com a determinação constante do art. 37 § 6 da CF, em regra, de dois anos para infrações funcionais consideradas leves e de cinco anos para as graves e gravíssimas, ou seja, com aquelas puníveis com demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, normalmente contados da data em que a autoridade tomar ciência da infração cometida, interrompendo-se pela instauração do processo administrativo disciplinar ou pela sindicância.

Responsabilidade Penal

A conduta dos agentes, entre eles do administrador público que, nesta condição, dolosa ou culposamente, acarrete ou pretenda causar dano a terceiro, cuja tipificação se encontre na lei e seja considerada crime ou contravenção, constitui-se em ilícito penal, passível de sua responsabilização. Tais condutas tipificadas referem-se ao exercício de cargo, função ou emprego público, daí serem comumente designadas crimes funcionais.

O Código Penal, considera funcionário público, quem embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução da atividade típica da Administração Pública.

O Código Penal apresenta uma seção dedicada aos crimes contra a Administração Pública, dentre ele os crimes praticados pelos funcionários contra a Administração Pública. Destacam-se os crimes de peculato (art. 312); a **Inserção de dados falsos em sistema de informações** (art. 313). Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314). Emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315). Corrupção passiva (art. 317); Prevaricação (art. 319); Abandono de função (Art. 323); Violação de sigilo funcional (Art. 325).

A apuração da responsabilidade penal do agente público realiza-se mediante instauração, pelo Ministério Público, de ação penal, a qual terá curso junto ao Poder Judiciário. A decisão que vier a ser proferida nessa ação penal poderá trazer repercussões no âmbito das responsabilidades civis e administrativas, tendo em vista que repercutem na esfera administrativa as decisões baseadas na provada inexistência do fato, provado que o réu não concorreu para a infração penal e quando existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre a existência. (cf. Art. 386 Código de Processo Penal).

Além disso, há os crimes contra as finanças públicas, os crimes de abuso de autoridade, os crimes envolvendo licitação ou contratação e outros.

Comunicabilidade de instâncias

Por fim, para se falar de responsabilidades administrativa, civil e penal dos agentes e administradores públicos é necessário dizer da comunicabilidade de instâncias. Primeiramente deve ser analisado se o ilícito ocorrido é de natureza administrativa; penal ou penal administrativa.

Se o ilícito for só de natureza administrativa inexistirá a comunicabilidade de instâncias, haja vista que não haverá ação penal. Se o ilícito for de natureza penal, não haverá repercussões na disposição legal a respeito da infração administrativa. Caso seja de natureza administrativa e penal, ou seja, haja lei determinando ser determinada conduta, tanto um ilícito administrativo como penal, então a decisão tomada na esfera judicial (penal) trará repercussões ao processo administrativo correspondente, seja a decisão condenatória, seja absolutória.

Nos ensina José dos Santos:

Diferentemente dos casos anteriores, em que foi examinada a influência de decisão penal sobre a esfera administrativa, não se adota o mesmo sistema na hipótese inversa. Em razão da independência das instâncias penal e administrativa, a solução nesta última esfera não impede a instauração de processo no âmbito criminal. Em habeas corpus no qual o paciente pleiteava a anulação do ato do juiz que recebeu a denúncia em ação penal, o Egrégio STF decidiu que “a absolvição em processo administrativo disciplinar não impede a apuração dos mesmos fatos em processo criminal, uma vez que as instâncias penal e administrativa são independentes”. Não prevaleceu, assim, o argumento do impetrante de que estaria havendo duplicidade de julgamento pelo fato de serem apreciadas as mesmas provas oferecidas

no processo administrativo. (CARVALHO FILHO, 2015, pg. 784).

Além disso, caso haja a decisão penal reconhecendo a inexistência do fato ou sobre quem seja seu autor, tal repercutirá tanto na esfera administrativa como na civil, a rigor do art. 935 do Código Civil.

Assim, não poderá o processo administrativo decidir diferentemente do que tenha sido decidido na esfera judicial num processo penal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória importará na perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; ou quando for aplicada pena privativa de liberdade superior a quatro anos nos demais casos. Tais efeitos, entretanto, não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença (art. 92 I Código Penal). A sentença absolutória poderá ou não trazer repercussões aos domínios administrativos.

Quando a absolvição mencionar a provada inexistência do fato, que o réu não concorreu para a infração penal ou existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu da pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1 do art. 28 do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre a existência, então em qualquer desses casos tal decisão refletirá no processo administrativo, no caso, favoravelmente ao agente público.

Caso, ainda, a sentença absolutória reconheça, expressamente, que o ato foi praticado; em estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, em qualquer um destes casos, de acordo com o art. 65 do Código de Processo Penal, a decisão repercutirá nos domínios administrativos, pois faz coisa julgada na esfera civil.

Outros são os casos da sentença penal absolutória sem repercussões no processo administrativo, caso que a absolvição proferida no processo penal se baseia nas outras disposições contempladas no art. 386 do Código de Processo Penal, quais

sejam: não haver prova da existência do fato, não constituir o fato infração penal, não existir prova do réu concorrido para a infração penal, ou inexistir prova suficiente para a condenação, então a invocação de qualquer uma dessas hipóteses, na parte dispositiva da sentença penal, não acarretará repercussões na esfera do processo administrativo.

Tal decorre seja porque não se produziram provas suficientes ou porque as provas produzidas não trouxeram repercussões no processo penal, mas podem, entretanto, trazer repercussões na órbita administrativa, seja porque o fato ocorrido não se constituiu em infração penal, mas poderá sê-lo na disciplina jurídica administrativa. Assim, em razão dessas possibilidades é que tais hipóteses de absolvição, nos domínios penais, não trazem repercussões à esfera administrativa.

As três responsabilidades não se confundem, sendo que o agente público poderá responder por cada uma delas, de forma independente. Assim, poderá ocorrer uma responsabilidade administrativa sem que haja uma responsabilidade civil, desde que o agente tenha agido contrariamente às determinações legais, mas sem causar danos patrimoniais ao particular. De igual modo, poderá haver responsabilização administrativa e civil sem que haja responsabilidade penal do agente. Uma vez que o ilícito administrativo poderá ocorrer, o dano patrimonial ao particular também, como o ato não se enquadrando em qualquer dos tipos penais previstos em lei.

Enfim, existem determinadas situações em que uma esfera poderá interferir de forma direta em outras esferas. Se o agente público for absolvido por negativa de autoria ou de inexistência do fato, tal fato implicará na responsabilidade administrativa e na responsabilidade civil. Por outro lado, caso o agente público for demitido pelo mesmo fato em que foi julgado na esfera penal, deverá ser reintegrado, uma vez que as provas colhidas o processo penal são muito mais amplas e cuidadosas em relação àquelas pertencentes esferas administrativa e civil de igual modo, se a ele foi imputado a ocorrência do dano, gerando responsabilidade civil,

pela negativa de autoria ou inexistência do fato, não h a o que se falar em responsabilidade civil.

Porém, a absolvi o na esfera penal ocorrer por mera insuficiência e provas, tal sentença não vai interferir em quaisquer das demais esferas, podendo gerar a responsabilidade administrativa e civil.

Conclusão

A temática a respeito da responsabilidade do administrador público   de suma importância para o operador do direito. Primeiramente   preciso identificar quem são aqueles que “prestam” serviço público, agindo assim em nome do Estado. Não menos importante   o estudo dos direitos e deveres destes, para não confundir a figura do cargo com a pessoa que age legal ou ilegalmente.

Além disso, a doutrina nos ensina que cada uma das responsabilidades (administrativa, penal e civil), possuem características próprias, que podem ou não se comunicarem de acordo com a natureza do delito, da condena o ou forma de absolvi o.

Enfim, destaca-se que cada vez mais se faz necessário o conhecimento da matéria, tendo em vista que trabalhar com a coisa pública   muito s ria que requer responsabilidade e competência por parte do agente público, por outro lado, quanto mais eficazes forem os meios de controle, corre o, apura o dos desvios públicos, mais as atividades dos administradores ter o maior efeito, qual seja: o interesse público e o bem comum.

Referências Bibliográficas.

BATISTI, Nélia Edna Miranda. PIMENTA, Julia Acioli. **A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos**. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.3, p.119-140, set/ dez.2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n3p119. ISSN: 1980-511X.

BRASIL. **Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24/10/2016.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 24/10/2016.

_____. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 24/10/2016.

_____. **Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002.** Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm>. Acesso em: 24/10/2016.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 24/10/2016.

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.** Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm>. Acesso em: 24/10/2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibição administrativa.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FORTINI, Cristiana. **Contratos Administrativos – Franquia, Concessão, Permissão e Ppp**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2014.

PESTANA, Márcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

O ABONO DE PERMANÊNCIA E A NECESSIDADE DE REVISÃO DO INSTITUTO

RODRIGO PIMENTEL DE CARVALHO: Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), ocupa o cargo de Advogado da União (AGU) desde 2013, aprovado e nomeado anteriormente em outros cargos públicos de relevo, como Procurador da Fazenda Nacional (PGFN - concurso 2012), Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE - concurso 2007), dentre outros.

INTRODUÇÃO

O abono de permanência é instituto relativamente recente, cuja finalidade precípua é a de gerar economia pela manutenção de servidores públicos ativos.

Contudo, nestes cerca de 13 anos desde a sua instituição, será que o instituto cumpriu o fim a que se destina, de maneira equânime aos servidores públicos ou será que atende apenas aos mais bem remunerados?

Vejamos abaixo:

O ABONO DE PERMANÊNCIA - DEFINIÇÃO

Em outro artigo jurídico sobre o assunto, definiu-se o abono de permanência como o instituto, criado pela Emenda Constitucional n 41/2003, que, em sua essência, visa gerar economia ao erário através da manutenção de servidores públicos ativos, mas que possuem os requisitos para a aposentadoria, de forma que estes funcionários são compensados do valor da contribuição previdenciária mensal deduzida das suas remunerações. Numa equação simples de compensação, o resultado do crédito do abono de permanência deduzido da contribuição previdenciária (PSS) é zero. A grosso modo, o servidor ativo que atenda aos requisitos deixa de pagar a sua parcela contributiva.

Como dito, o abono foi desenvolvido para estimular os servidores a manterem-se em atividade, até a aposentadoria compulsória, e, assim, diminuir os gastos de pessoal, pois evita-se o pagamento concomitante de proventos de aposentadoria (servidor inativo) e a remuneração do novo servidor substituto daquele. A rigor, adia-se a contratação de um novo servidor para substituir aquele e, dessa maneira, paga-se apenas uma remuneração, em vez de pagar uma aposentadoria mais uma remuneração.

A Constituição Federal estabelece:

CF/1988, Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria,

observadas as seguintes condições:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

[...]

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Os requisitos para fazer jus ao abono de permanência são: a) tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público; b) 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; c) se homem, tenha com 60 anos de idade e 35 de contribuição e, se mulher, 55 anos de idade e 30 de contribuição. Outrossim, também fazem jus ao benefício aqueles servidores enquadrados nas regras de transição estabelecidas pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

Feitas essas considerações iniciais sobre o instituto, passemos à análise da aplicabilidade em relação aos servidores que recebem

remuneração inferior ao limite do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

APLICABILIDADE DO ABONO DE PERMANÊNCIA AOS SERVIDORES QUE RECEBEM REMUNERAÇÃO ATÉ O LIMITE DO RGPS

Como ficou assentado acima, o abono de permanência foi criado para gerar economia ao erário, através da manutenção de servidores públicos ativos. Ocorre que, se os

Eis o cerne deste artigo, qual seja a aplicabilidade do abono de permanência aos servidores que recebem remuneração inferior ao limite do Regime Geral da Previdência Social (em 2015, ao valor de R\$4.663,75).

Segundo dados constantes no Relatório Tabela de Remuneração do Ministério do Planejamento^[1], no ano de 2015, a grande maioria dos servidores públicos federais, integrantes do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – PGPE, ocupante de cargos de níveis intermediário e auxiliar, recebe remuneração final média inferior a R\$4.000,00 e, por conseguinte, abaixo do teto do Regime Geral da Previdência Social, à época.

Para estes servidores, que representam a grande massa do funcionalismo público federal, o abono de permanência seria aplicado da seguinte maneira (a grosso modo, apenas para ilustração didática):

Servidor X, sob abono de permanência

Remuneração bruta R\$4.000,00 + R\$440,00 (abono de permanência)
- R\$440,00 (PSS) = Remuneração líquida = R\$4.000,00

Por sua vez, acaso esse mesmo servidor optasse pela aposentadoria, em vez de permanecer em atividade com abono de permanência, os seus proventos de aposentadoria seriam idênticos àquela remuneração líquida acima, porquanto segundo o § 18 do Art. 40 da CF/1988, a contribuição previdenciária só incide sobre os proventos de aposentadoria que superem o limite máximo do RGPS. Dessa forma, como o servidor X receberia

proventos de aposentadoria inferiores a R\$4.663,75 no ano de 2015, não seria constituído o fato gerador previdenciário.

Ou seja, o servidor X receberia os mesmos R\$4.000,00 líquidos, seja aposentado ou em atividade com abono de permanência.

Diferentemente, as castas de servidores públicos mais bem remuneradas (por exemplo Magistrados, Advogados Públicos e Procuradores) se beneficiam do abono de permanência, de forma que para eles a opção pela manutenção na atividade é atrativa. Confira:

Servidor Y, sob abono de permanência

Subsídio bruto R\$30.000,00 + R\$3.300,00 (abono de permanência) - R\$3.300,00 (PSS) = Remuneração líquida = R\$30.000,00

Ocorre que, se esse servidor optasse pela aposentadoria, em vez de permanecer em atividade com abono de permanência, os seus proventos seriam reduzidos, uma vez que pagariam 11% de PSS sobre o valor que excede o limite do RGPS. Vejamos:

Provento bruto R\$30.000,00 - R\$2.786,00 (PSS) = Provento líquido R\$27.214,00.

Pois bem, visualizados esses dois exemplos práticos e didáticos, é possível notar que o abono de permanência só interessa, efetivamente, àqueles servidores mais bem remunerados, sobretudo aqueles cujas remunerações no cargo superam o limite máximo do RGPS.

Considerada essa circunstância, vem a dúvida inicial: será que o legislador, ao promulgar a Emenda Constitucional 41/2003, tinha como finalidade agraciar com o abono de permanência apenas os servidores mais bem remunerados? Ainda, será que a teleologia do instituto ignorou a grande massa de servidores públicos e visou unicamente os abastados?

A resposta parece negativa, afinal não se admite que o legislador tenha feito distinção entre os servidores públicos, mais ainda se essa diferenciação privilegiaria os mais bem remunerados.

CONCLUSÃO

Em conclusão, podemos asseverar que a finalidade do abono de permanência é gerar economia ao erário, através da manutenção dos servidores ativos até a compulsória aposentação.

Ocorre que, como visto, a maior parte dos servidores compõem o quadro de pessoal do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo e recebe remuneração inferior ao limite máximo do RGPS, de forma que para esta maioria o abono de permanência não gera nenhum benefício, efetivamente.

Nestas circunstâncias, para alcançar o objetivo de economia ao erário, pretendido pelo Constituinte derivado, faz-se imperiosa revisão do instituto para, assim, também alcançar esse universo de servidores públicos. Não se está a defender a extinção do benefício, como intenta a PEC 139/2015, mas sim, frise-se, revisá-lo para atender, indistintamente, os servidores públicos, inclusive beneficiar aqueles que recebam remuneração inferior ao RGPS.

Afinal, nos moldes atuais, restrito a uma minoria abastada, o abono de permanência é insuficiente para alcançar significativos resultados, porquanto não atrai a grande massa de servidores públicos.

NOTA:

[\[1\]http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/tabela_remuneracao/tab_rem_15/151217_tab_67_2015.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/tabela_remuneracao/tab_rem_15/151217_tab_67_2015.pdf)

A TUTELA JURÍDICA DA PRIVACIDADE NA INTERNET: ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PROVEDOR A PARTIR DO MARCO CIVIL

LUIZ CARLOS ZIMMERMANN: Acadêmico do Curso de Direito da UNIVEL - Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel.

DANIELLI GADENZ (orientadora): Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS. Professor do Curso de Direito da UNIVEL – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel.

RESUMO: A maioria das relações atualmente envolvem as tecnologias de computação e internet, onde guardamos informações particulares que focam interligadas ao mundo, onde surgiu o comércio eletrônico passando a ser explorado de forma ampla gerando comodidade aos compradores e competitividade entre as empresas, são exemplos dentre tantas outras funcionalidades desenvolvidas neste meio. Toda esta interligação expõe as pessoas a riscos devido à frequência e facilidade com que seus dados podem ser usurpados de seu controle, atingindo limites inestimáveis. Assim, o direito e a informática estreitaram suas relações para tratar da proteção aos usuários da rede, sendo que em 2014, surgiu a Lei 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet, elencando previsões legais para responsabilizar no âmbito civil o provedor garantindo um complexo de segurança jurídica ante a privacidade lesada, dando o respaldo jurídico necessário para a garantia deste direito. O presente trabalho analisou as hipóteses de responsabilização do provedor nos casos de violação da privacidade alheia onde não ocorre a identificação do ofensor, e concluiu que o Marco Civil concedeu ao ordenamento jurídico uma importante ferramenta para garantia de direitos, ao prever a responsabilização de terceiro, no caso o provedor, dando desta forma a certeza ao usuário de que seu direito será preservado. Concluindo-se que este instrumento é de

grande valia para garantia dos direitos referentes aos usuários quando este se encontra na internet e tem sua privacidade violada, a previsão de responsabilidade subsidiária do provedor é um instrumento relevante da codificação, uma vez que ele denota a segurança jurídica pela qual se criou a referida lei.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Civil. Responsabilidade Civil. Internet. Provedor.

ABSTRACT: Most relationships currently involve computing and internet technologies, where we keep private information focusing interconnected the world where e-commerce going to be exploited broadly generating convenience to buyers and competitiveness arose between companies, are examples among many others features developed in this medium. All this interconnection exposes people to risks because of the frequency and ease with which your data can be usurped their control, reaching invaluable limits. Thus, law and computer science narrowed its relations to address the protection to network users, and in 2014 came the Law 12,965, known as Marco Civil Internet, listing legal provisions to blame the civil context the provider ensuring complex legal certainty before the injured privacy, giving the legal support necessary to guarantee this right. This study examined the hypothesis in the case of violation of privacy provider accountability others where no identification of the offender is, and concluded that the Civil Marco granted the legal system an important tool to guarantee rights, by providing the third party liability, if the provider, thus giving the user the assurance that their rights will be preserved. Concluding that this instrument is of great value to guarantee the duties relating to users when it is on the internet and have their privacy infringed, predicting subsidiary of provider responsibility is a relevant coding tool, since it denotes the security legal for which he created this law.

KEYWORDS: Marco Civil. Civil Responsibility. Internet, Provedor.

1 INTRODUÇÃO

Vivenciamos a evolução tecnológica a partir da qual as relações comerciais, a administração pública e a sociedade como um todo passaram a depender da tecnologia, especificamente da sua eficiência e segurança na disseminação de informações. Todas as relações passaram a ter uma sujeitar-se a computação e internet, locais onde guardamos informações particulares confidenciais, onde empresas desenvolvem suas atividades por comércio eletrônico, local onde encontramos todo tipo de documentos, notícias e arquivos infinitos que podem se usados em nosso cotidiano.

Assim, nos encontramos em uma sociedade globalizada digital, que se desenvolveu juntamente com a tecnologia, e desta forma nos trouxe uma dependência tecnológica, pois tudo se encontra de alguma forma vinculado e com acesso fácil, que interliga regiões do globo com simples cliques e que fornece qualquer tipo de informação em segundos. Tudo está abarcado pela tecnologia, conseguimos acesso a dados de pessoas, empresas e até mesmo de governos de qualquer parte do mundo instantaneamente.

Toda esta interligação, porém, expôs o mundo a riscos eminentes devido a grande frequência com que a privacidade de informações é violada.

Desta forma, o direito e a informática tiveram que estreitar suas relações para tratar da proteção aos usuários da rede, visando coibir a prática de delitos informáticos elencando previsões legais para responsabilização no âmbito civil visando assegurar ao ofendido recurso para reparação do dano sofrido.

O direito à privacidade assumiu grande relevância com o implemento das novas tecnologias de comunicação, que expõem constantemente as pessoas. Nesta sistemática, no ano de 2014, como forma de tornar mais efetiva à tutela jurídica estatal nas relações virtuais, surgiu a Lei 12.965/2014 (Marco Civil na Internet), lei de referência mundial para a consolidação de políticas de segurança na rede, ao estabelecer direitos e garantias ao uso da internet como um todo, trazendo-nos preceitos quanto à navegação na internet, envolvendo e

elencando várias obrigações quanto aos provedores de internet a fim de resguardar a privacidade das informações dos usuários da rede.

O Marco Civil abarcou a responsabilidade civil das empresas envolvidas nas prestações de serviços de internet, sobre tudo quanto ao seu dever de preservar o sigilo e guardar informações coletadas, garantindo-se o direito do ofendido de buscar a exclusão do conteúdo que reputar danoso, reafirmando a tutela da privacidade a todos os tipos de conteúdo.

Neste âmbito, o Marco Civil vem a ser um importante instrumento para regular as relações informáticas entres os usuários, principalmente ao tornar-se o ponto inicial para a busca e regulamentação dos crimes praticados no âmbito da internet, principalmente os crimes envolvendo a violação à privacidade.

O presente artigo, utilizando-se do método dedutivo, partindo de parâmetros evidenciados pelas doutrinas e jurisprudências, visa uma análise da responsabilidade dos provedores em relação à conteúdos divulgados na internet por terceiros, que venham a violar direito alheio, principalmente a privacidade no âmbito virtual, recaindo um estudo sobre as formas de provocar o provedor a retirar conteúdo danoso da rede e fazer cessar a violação sofrida.

2 O DIREITO À PRIVACIDADE

Com a evolução jurídica, cada vez mais se intentou o reconhecimento dos direitos da personalidade, que vem a surgir a partir da própria razão de ser no direito natural. Estes direitos são dotados de uma essencialidade, de uma relação vitalícia e intransmissível, visando a proteção dos valores naturais do indivíduo ao proteger algo que a pessoa carrega como particularidade por toda sua jornada, um valor nato e originário, valores como a vida, a honra, a identidade, o segredo e a liberdade (BITTAR, 1993).

Assim, ao exercer este poder de essencialidade, tem-se que determinadas manifestações das pessoas visam a conservação de informações que se pretende tornar inacessíveis ao conhecimento de

terceiros, informações de cunho particular ao qual a divulgação poderá causar embaraço, revelar segredo ou qualquer outra forma de causar um dano a pessoa com o intuito de prejudicá-la, intentando na lesão de seu direito à privacidade (BITTAR, 1993).

O direito brasileiro prevê na Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 5º, a tutela dos direitos fundamentais para a melhora e manutenção de uma vida digna.

Toda via, elenca-nos o art. 5º, X:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X. São invioláveis a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Diante do artigo exposto, de acordo com Leonardi (2012, p.82) a Constituição Federal não elencou de um modo genérico o direito a privacidade, trouxe-nos também a exposição da proteção à intimidade denotando-se a autonomia de cada instituto. Tais direitos, por hora, confundem-se pela linha tênue que a definição de ambos institui.

O Poder Judiciário e o legislador não demonstram uma conceituação específica para cada um dos direitos supracitados, cabendo à doutrina traçar uma conceituação diferenciada para cada um dos institutos.

Assim, nas palavras de Luis Roberto Barroso (2005, p. 96):

A intimidade e a vida privada estariam representadas em esferas distintas, compreendida no mesmo conceito mais amplo de direito de

privacidade, sendo a intimidade um círculo mais restrito de fatos relacionados exclusivamente ao indivíduo, ao passo que a vida privada diria respeito a um espaço mais amplo e abrangente das rela es sociais.

Desta forma, evidencia-se que tanto intimidade quanto vida privada são ramos que compõe um direito maior e mais amplo, o direito   privacidade como um todo. No que se diz respeito   intimidade, busca-se uma prote o ao indivíduo dos olhares alheios e da interferência na sua esfera mais ótima por meio de matérias ou fatos obtidos de forma ilícita desta, visando resguardar a dignidade e integridade da pessoa humana, em suma   o direito de “ser deixado em paz^[1]” (LOPES, 2013).

Neste prisma, temos que a vida privada seria a liberdade que o indivíduo tem de se relacionar com quem bem entender, de viver uma vida social na sua plenitude sem que terceiros interfiram em tal vivência no intuito de prejudicar o indivíduo.

Salienta-se as palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 188) que subtrai o conceito uno e bem específico para cada instituto, remetendo-nos que a intimidade integra a esfera ótima da pessoa, os seus pensamentos, desejos e convic es enquanto a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender e a Carta Magna, ao proteger a vida privada, se refere a vida interior, “como conjunto do modo de ser e viver, como direito de não viver a vida exterior, que envolve as pessoas nas rela es sociais e nas atividades públicas.

Por mais que seja recorrente a d vida entre as conceitua es, cada uma denota a um momento específico na vida da pessoas, recaindo ao direito   privacidade, abarcando ambos os conceitos e sendo este o objeto fundamental para a prote o integral da pessoas na coibi o de ilícitos decorrentes de condutas de terceiros.

Segundo Paesani (2014, p. 34), o direito   privacidade tem como fundamento a defesa da personalidade humana contra invasões ou injun es de terceiros, de modo a resguardar ao indivíduo a liberalidade e

o controle sobre suas informações, eminentemente confundindo-se com um resguardo ao anonimato garantindo-lhe de certa forma um espaço onde o mesmo possa recolher-se, refletir e emergir suas particularidades sem que se tenha a interrupção inapropriada e muito menos que lhe induzam a um comportamento socialmente esperado.

Desta forma, ainda segundo Paesani (2014, p.34) em um primeiro momento o direito à privacidade pauta-se na defesa a não intervenção por parte de terceiros e até mesmo do Estado na vida íntima das pessoas, bem como determina um respeito de liberdade pessoal, como forma de não se impedir que uma pessoa leve sua vida privada conforme sua própria liberalidade existencial desde que não interfira em direito de terceiro.

Denota-se ainda, nas palavras de Sarlet (2013, p. 405), um dever de proteção estatal que emana da codificação, trazendo-nos garantias para levar- a vida privada da forma que bem lhe convir, emanando ainda a eficácia nas relações privadas ante ao poder do estado em regrá-las.

Por mais que em um primeiro momento a interpretação é que o direito à privacidade é um direito ilimitado e sem restrição, assim como os demais direitos fundamentais, este também não se revela como direito imune a intervenções visando limitar sua aplicação, que não foi elencado com uma reserva legal.

No sentido dos limites impostos ao direito de privacidade, expõe-nos Paesani (2014, p. 34) que em determinadas situações, dado o alto grau de importância disseminado na proteção deste direito, poderá ser imposta, uma restrição que será aplicável apenas em casos extremos aos quais a continuidade da proteção importará em prejuízo aos direitos fundamentais de outros ou ainda nos casos de bens constitucionais relevantes, como por exemplo, no caso de restrição que a própria Constituição Federal detém que se revele.

Podem ainda impor limitações à privacidade ao atingirem-se interesses coletivos diferentes do direito a informação e de maior relevância numa avaliação conjunta do interesse desta coletividade atingida. Resguarda-se, todavia, que esta preponderância do interesse coletivo sob o individual requer-se pela verificação do alcance respectivo

de seu direito em relação aos outros, uma vez que sacrificar o direito individual da pessoa acarretará em importante prejuízo se este não for fundado em interesse maior.

Prossegue Sarlet (2013, p.412) ressaltando que o direito à privacidade está intimamente ligado ao indivíduo do qual utiliza de suas particularidades na vida diária, e tal direito visa a proteção de seus direitos fundamentais para que determinadas informações pessoais não venham a tornarem-se públicas sem o consentimento da pessoa ou até mesmo tendo-se o consentimento mais importando em algum vício ou forma e coação que o Judiciário tenha o devido respaldo para reverter tal situação.

Prevê uma liberalidade para que terceiros não adquiram de forma ilimitada qualquer tipo de informação que possa ser prejudicial à pessoa, regra a exposição a qualquer tipo de abuso e garante um direito necessário para toda e qualquer pessoa em manter em seu poder suas confidencialidades e particularidades sem que seja importunado e, se o for, visa garantir o respaldo jurídico necessário com intuito de que o ofensor seja responsabilizado pelo ato praticado.

Ainda, remete-nos Paesani (2014, p. 35), o legado da privacidade em países da Europa também esbarra na dificuldade de uma conceituação, que abarque todos as infrações contra a privacidade: a Inglaterra é reconhecidamente uma das primeiras nações a expor em lei orgânica a proteção à privacidade, sendo que na atualidade, não tem-se mais uma tutela específica e exaurida sobre o assunto, passou-se a utilizar-se remédios singulares para tratar do assunto sendo empregado um estudo caso a caso para efetivo emprego de norma punitiva.

Por outro lado, também nas palavras de Paesani (2014, p. 36), em países como a França existe uma lei mais severa em relação ao assunto, adotada pela codificação civil e penal do país, trazendo previsões para impor-se o respeito à vida privada, visando garantir este direito pessoal que o indivíduo detém.

O direito a privacidade ainda não é determinado por um conceito uno no Brasil, sendo constantemente aplicado sob as perspectivas de caso a caso. O que cabe salientar é o avanço das tecnologias de comunicação,

fato ao qual cada vez mais este direito está sendo violado no ambiente virtual, evidenciando a grande necessidade de tratar a temática com determinado apreço quando referir-se diretamente ao direito da privacidade na internet.

2.1 DIREITO À PRIVACIDADE NO AMBIENTE VIRTUAL

A sociedade segue rumo à globalização, e este é um fator significativo denotado na revolução tecnológica e no avanço nas comunicações, que acabam por universalizar hábitos, culturas, meios de produção e consumo. Neste sentido, cada vez mais as pessoas estão interligada e demonstram uma dependência tecnológica para manter a vida, seja desenvolvendo diariamente seu trabalho, seja usufruindo dela no momento de lazer, estamos em um momento histórico de avanço tecnológico sem precedentes.

Assim, o mundo virtual está em destaque, evidenciando uma necessidade cada vez maior de proteção adequada à privacidade das pessoas quanto às violações decorrentes do uso da sua ciência, a fim de garantir a segurança necessária e para que possamos aproveitar ao máximo os benefícios que este ramo tem a nos oferecer.

Nas palavras de Leonardi (2012, p. 113), no que se refere à privacidade na internet, temos uma grande dificuldade em se determinar o foco inicial do problema quando temos a disseminação de determinada informação, dado ou imagem privada. Na rede, os dados são disseminados rapidamente em amplitude mundial, sendo desta forma difícil a identificar o indivíduo que viola a privacidade de um terceiro, sendo muitas vezes os fatos divulgados a partir de países que, por não dispor de legislação para esta questão específica, não punirão a ocorrência, dando um caráter de impunidade à atitude delituosa.

Os desafios da manutenção do direito à privacidade em relação à internet esbarram na evolução tecnológica desenvolvida, cada vez utilizamo-nos de instrumentos modernos para nos conectarmos a rede, sendo esta rede com acesso cada vez mais facilitada e irrestrita, e que também é empregada em velocidades igualmente condizentes para propagação de conteúdos, onde uma informação chega ao mundo todo

em questão de segundos, basta uma simples pesquisa em mecanismos de busca para a ruptura dos direitos de privacidade dos indivíduos ser configurada.

Neste sentido, reflete José Afonso da Silva (2005, p. 212):

O intenso desenvolvimento da complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas era um processo de enquadrinhamento das pessoas que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a intercomunicação de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem a sua autorização e até sem o seu conhecimento.

A internet possui um grande potencial de risco em relação aos atentados contra os direitos da personalidade devido à facilidade de expor dados na rede e também a velocidade de propagação destes.

Embora se reconheça o imperativo do avanço tecnológico, compete ao operador do direito e a toda a comunidade jurídica adotar uma postura crítico-constructiva sobre as questões que envolvem a informática, sem que com isso, se queira afastar os benefícios dela decorrentes (VIEIRA, 202, p. 71).

De acordo com Crespo (2011, p. 35), a informação sempre é objeto de grande desejo da sociedade em geral, onde corporações, governos, pesquisadores e demais setores da sociedade buscam obter dados a fim de aprimorar seus conhecimentos e alcançar resultados. A informação é chave para decisões de cunho político, social e negociais. Detendo o conhecimento acerca de determinado grupo de consumidores, empresas podem estar sempre a frente da concorrência no setor de produtos, governos podem combater focos ou manifestações contrárias ao seu legado, enfim, com o poder de informações diversificadas à sua

disposição, diversas atitudes podem ser tomadas e modificadas buscando o lucro ou silêncio de determinadas pessoas.

Denota-se que as várias leis que tratam da temática da privacidade ficaram exauridas diante da agressividade apresentada pelo mercado, como por exemplo na ação de empresas para obtenção de informações pessoais com o intuito de prevalecer sobre as demais. Assim, evidencia-se que o ordenamento necessita de leis cada vez mais específicas e condizentes com a realidade ao tratar do caso de privacidade na internet.

Na Europa, as instituições iniciaram movimentos e trataram em convenções, como por exemplo a Convenção de Estrasburgo, já em 1977, para tratar da temática da informática, uma tecnologia a qual ainda não se instituía um limite por não se saber ao certo ainda seus reais propósitos, porém que já denotava um certa preocupação governamental. Desde cedo tratou-se da temática e mesmo assim a dificuldade existe em se coibir a prática delituosa na internet ao se agredir a privacidade alheia (PAESANI, 2014, p. 42).

Por mais que seja totalmente abarcada por codificações, existe uma grande dificuldade, mesmo nestes casos, em se manter a segurança dos usuários da rede, pois nela as informações permanecem por tempo ilimitado, o acesso é irrestrito, sem contar que inexistente um ponto único para o controle de tudo o que circula.

Neste sentido, remete-nos Leonardi (2012, p. 338): “Percebe-se que o principal desafio que se apresenta para a obtenção de tutela específica nestes casos é encontrar medidas técnicas que sejam plenamente eficientes e, ao mesmo tempo, estejam equiparadas com a regra da proporcionalidade”

Ainda segundo Leonardi (2012, p. 339), a grande dificuldade encontrada para obter o controle da privacidade na internet está ligado o fato de não termos à disposição mecanismos igualmente efetivos para buscar a responsabilização do ofensor, o a própria forma com que a internet foi inicialmente projetada para o compartilhamento irrestrito de informações hoje impôs a dificuldade na tutela necessária a segurança dos usuários. Esbarramos em problemas como a dificuldade encontrada pelo

anonimato dos usuários e conseqüentemente com a sua identificação. Por mais que se criem mecanismos para punir o ofensor, sempre uma “facilidade” arquitetada pela própria rede para dificultar a punição.

Diante do exposto, cabe salientar as palavras de Leonardi (2012, p. 368) dizendo que é preciso reconhecer os limites do direito. Não é possível pretender tutelar todas as situações envolvendo problemas de privacidade na internet, principalmente quando os próprios indivíduos parecem desprezar seu direito a ela”.

Assim, havia a necessidade de criação de uma legislação específica sobre a temática internet e sua relação com a privacidade das pessoas, principalmente ante o grande fator de exposição neste ambiente, como forma de resguardar os direitos dos indivíduos que a utilizam e que necessitam de um respaldo jurídico para sua proteção.

3 O MARCO CIVIL DA INTERNET E AS OFENSAS À PRIVACIDADE NO AMBIENTE VIRTUAL

A Lei 12.965/2014, chamada como Marco Civil na internet, tornou-se uma lei reconhecida em âmbito mundial, por tratar especificamente sobre a temática de responsabilização no ambiente virtual.

O Marco Civil estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários e provedores no que tange aos crimes informáticos, bem como norteou a União, os Estados e os Municípios sobre as diretrizes para sua atuação.

Esclarece Paesani (2014. p. 85) que o Marco Civil da internet visa estabelecer que sejam respeitados princípios como a liberdade de expressão, pluralidade, diversidade, abertura, colaboração, exercício de cidadania, proteção à privacidade e dados pessoais, livre iniciativa, livre concorrência e a busca em defender o consumidor.

De acordo com Moraes (2015, p.88), emana do Marco Civil o princípio da privacidade, garantindo a inviolabilidade e sigilo das comunicações. Tal direito será resguardado pela regulamentação do

monitoramento, filtro, análise e fiscalização de conteúdo para garantir o direito à privacidade.

No que se refere aos princípios, expõe-nos Martins (2014), a lei emana o princípio da neutralidade da rede, que visa impedir que os provedores de rede cobrem valores dos usuários em relação ao conteúdo por este acessado, mas sim que seja feita uma cobrança pela velocidade de conexão, princípio da liberdade de expressão, elencada no artigo 19 da lei, garante que todos tenham um direito igual para difundir informações e opiniões na rede e, por fim, o princípio da privacidade, determinando que provedores e sites não usem os dados dos usuários para fins comerciais, que tais dados devem ficar guardados por no mínimo seis meses e por fim, obrigou as empresas estrangeiras a serem submetidas à legislação brasileira no que se refere à segurança à informação, mesmo que seus centros de armazenamento de dados seja fora do país.

Ainda de acordo com Martins (2014), além dos direitos considerados princípios da internet no Brasil, outros foram estabelecidos pelo Marco Civil, como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e indenização em caso de violação, a não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização, a manutenção da qualidade contratada da conexão à internet são alguns exemplos dos direitos adquiridos pelos usuários.

No que tange à privacidade, cabe salientar o art. 10 da Lei 12.965/2014:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais (BRASIL, 2014).

O artigo supra citado refere-se a segurança que o provedor deverá repassar ao usuário, uma vez que, respeitando o direito à privacidade, o provedor não poderá violar tal preceito com a divulgação de conteúdos. Somente por meio de ordens judiciais para fins de investigação criminal será possível acessar determinados conteúdos divulgados pelos usuários.

Ainda, a ressalva à privacidade recaiu também no artigo 13, elencando que na conexão à internet caberá ao administrador do sistema autônomo o dever de manter os registros da conexão (conjunto de informações referente à hora e data de início e término da conexão, sua

duração, informação do IP) pelo prazo de um ano, mantendo-os em ambiente controlado e de segurança, bem como foi exposto, e claramente, no artigo 7º da codificação, garantindo ao usuário a proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação deste direito da personalidade.

Nesse sentido remete-nos José Afonso da Silva (1997, p. 202):

A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.

Com base na privacidade na web, os internautas se sentirão mais seguros para navegar, pois possuem a garantia de que ao terem seus dados usurpados e conseqüentemente repassados para terceiros não autorizados, e principalmente quando estes forem expostos, sem o consentimento do usuário pode ele ingressar com ação de indenização contra o provedor que mantém o conteúdo, caso não se identifique o usuário ofensor.

Assim, a privacidade na internet encontrou no Marco Civil o respaldo necessário para manter a segurança dos usuários ao tratar das responsabilidades, tanto dos próprios usuários da rede, bem como aos provedores de internet, delimitando deveres e direitos, situações específicas e bem claras de obtenção de informações.

O importante é salientar, que o conteúdo na web tende a ficar exposto ao mundo, sendo assim a privacidade deve ser primeiramente observada pelo próprio usuário:

A própria pessoa determina o que é de interesse público e o que será devidamente privado no que diz respeito a sua vida íntima e particular, não devendo ser ofendido este direito de escolha nem pelo Estado e nem por terceiros. Esta lição fica especialmente clara quando se pensa, na era digital, as próprias

peessoas são responsáveis pelas maiores exibições de suas vidas íntimas nas redes sociais (SAVEGNAGO, 2015).

Por fim destaca-se que a privacidade deve em um primeiro momento recair sobre quem busca sua exposição de forma irrestrita na rede, o próprio usuário deve demonstrar um interesse em manter este direito assegurado, uma vez que a grande dificuldade para prevenção e futura punição dos delitos informáticos esbarram, em sua grande maioria, no anonimato dos ofensores.

3.1 AS DIFICULDADES NA IDENTIFICAÇÃO DO OFENSOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR NA INTERNET

Ao expor ferramentas diretas para o emprego do direito na sociedade disponibilizando um instituto para punir e coibir a prática de determinada infração Marco Civil mostrou-se um dispositivo amplo e abrangente para situações ligadas à internet. Todavia, da mesma forma como tantas outras diplomações legais, esbarra em um problema específico ao ramo que trata: a dificuldade que têm-se para identificação do ofensor diante do elevado nível de anonimato que este meio de comunicação detém.

Assim, de acordo com Leonardi (2012, p. 157) “a arquitetura original da Internet não contém, isoladamente informações que possibilitam o reconhecimento de elementos de identidade: exceção no mundo físico, o anonimato é a regra no âmbito da Rede”.

Este preceito evidencia-se também nas palavras de Elis Monteiro (2013):

Redes como Facebook são alvo preferencial de criminosos que passam a agir sob o véu do anonimato. Tranquilo em sua posição de anônimos, continuam atuando na encolha, trocando material de pedofilia, enviando spams, promovendo badernas virtuais, invadindo perfis pessoais, denegrindo pessoas e incomodando, e muito o próximo.

Desta forma, essa aparência de anonimato e a facilidade na ocorrência de abusos deixam evidente uma sensação de impunidade, que no outro viés também motiva a prática de atos ilícitos utilizando a rede. O implemento de mecanismos eficientes para identificação e localização do autor do ato ilícito, servirá como fator para desestímulo da prática.

Neste sentido, o grande problema a ser superado pela Lei 12.965/2014 está focado na dificuldade de identificação do ofensor que pratica o ato ilícito, sendo que o Marco Civil trouxe uma alternativa para superar esta barreira, de forma subsidiária, ao estabelecer as responsabilidades dos provedores de conteúdo ante a violação praticada por terceiro, fornecendo um mínimo de segurança ao usuário da rede de que terá sua necessidade atendida, com amparo legal.

A responsabilidade civil, nas palavras de José de Aguiar Dias (2006), é resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face do dever ou da obrigação, fazendo surgir situação jurídica em que aquele que violou dever jurídico, causando dano a outrem, tem a obrigação de recompor o dano ou, não sendo possível, indenizar o ofendido.

Assim, consta-nos exposto no Código Civil, mais especificamente no artigo 927, a obrigação de indenizar onde estão implícitas as hipóteses de responsabilidade civil.

Deste modo, expõe-nos De Souza (2006, p.10), que a responsabilidade civil existe também no mundo virtual, pois as relações desenvolvidas na Internet nada mais são do que relações humanas.

De acordo com Araújo e Reis (2015), cabe a todos os provedores de serviço de internet, em modo geral, o cumprimento de deveres na execução de suas atividades, tais como desenvolver a atividade com tecnologia apropriada, manter o conhecimento e o zelo pelo sigilo dos dados dos usuários, manter as informações por tempo determinado, sendo-lhe vedado monitorar os dados e conexões em seus servidores, bem como vedar a censura, sendo obrigado a informar eventuais ilícitos cometidos por usuários.

Desta forma, fica evidenciado o entendimento nas palavras Moraes (2015, p.88) que apesar de reconhecer as teorias subjetivas e objetivas da responsabilidade civil, o Código Civil de 2002 não foi capaz de trazer previsões que pudessem dirimir questões relativas ao comércio eletrônico e à responsabilidade no meio virtual. Neste prisma, a doutrina e a jurisprudência têm solucionado tais questões uso de analogia.

Todavia, pelos fatos acima evidenciados, Delgado (2010) cita-nos as teorias de responsabilidade de contrato e da responsabilidade pressuposta, sendo que a primeira não encontra fundamento nem na culpa nem no risco, mas tão somente no contato mantido pelo agente do dano e a relevância deste prejuízo sendo todos os envolvidos responsabilizados solidariamente pela reparação pelo simples contato entre eles, enquanto a segunda fundamenta-se na aplicação da teoria da responsabilidade objetiva com fundamento na teoria do risco integral, também permitindo a responsabilização solidária, porém agora de todos os envolvidos na cadeia de prestação de serviços. Ao certo, o que se perdura, nas palavras de Moraes (2015, p. 89), a responsabilização que parece trazer o retorno mais imediato ao ofendido é a responsabilização objetiva, respondendo até mesmo por sites por ele armazenados.

Cabe aqui, salientar o caso da atriz Daniella Cicarelli que teve cenas íntimas de relação sexual com seu namorado divulgadas no Youtube. O caso resultou na apelação cível nº 556.090.4/4-00 (TJSP), na qual o provedor alegava não ter conhecimento de sua responsabilidade na transmissão do vídeo e que determinadas situações ofensivas a direito da personalidade, ganham licitude quando conhecidas.

O Desembargador Teixeira Leite (2008, p. 09) em seu voto destacou:

Ainda que testemunhemos a mediocridade e com ela nos resignemos, jamais poderemos admitir que o enfraquecimento dos costumes transforme o ilícito em assunto de rotina dos lares, o que anima escrever que a multiplicidade do replay do filme do

casal não imuniza os infratores que teimam em divulgá-lo

Ante aos fatos, o tribunal considerou o Youtube pernicioso com a disputa, querendo limitar-se a excluir apenas os links do vídeo, negando-se a ser envolvido na busca pelo usuário disseminador do conteúdo. O provedor não desenvolvera um programa capaz de rastrear os vídeos, omitindo-se como se não tivesse responsabilidade. O tribunal decidiu por fim, que em trinta dias o Youtube deveria remover todos os vídeos do casal devendo a partir daí identificar através do IP os usuários que acessam links de usuários que retornassem o vídeo para o site passando assim a incidir na responsabilidade dos usuários disseminadores do conteúdo na responsabilidade por tal ato.

Tal decisão demonstrou, de acordo com Moraes (2015, p.92) a mudança de justificativa de culpabilidade (responsabilidade subjetiva) para a teoria do risco (responsabilidade objetiva), seguindo o sentido da jurisprudência estrangeira, entendendo-se que o provedor só é responsável pelo conteúdo que hospeda se recusar a identificar o ofensor direto do ato ou se demonstrar negligência na adoção de providências para cessar os efeitos do ato.

Neste sentido salienta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA. **REGISTRO DE NÚMERO DO IP**. DANO MORAL. AUSÊNCIA. PROVIMENTO. 1.- No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes. 2.- É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do

dano.3.- O provedor de conteúdo é obrigado a viabilizar a identificação de usuários, coibindo o anonimato; o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar.4.- Recurso Especial provido. Ação de indenização por danos morais julgada improcedente.(STJ - REsp: 1306066 MT 2011/0127121-0, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 17/04/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2012)

O caso emblemático de violação da privacidade foi o de Daniela Cicarelli, todavia com a propagação da internet e a facilidade no acesso surgiu vários casos que passaram a ser intitulados como pornografia de revanche ou sexting. Tal violação se faz quando conteúdo em vídeos ou imagens são divulgados na internet sem consentimento de todos os envolvidos a fim de se fazer vingança com divulgação de conotação sexual, contendo cenas de sexo ou imagens de nudez.

Esta forma de violação demonstra a necessidade de uma efetiva e rápida ação do judiciário para garantir o direito da privacidade do usuário, mesmo se necessário a responsabilização do provedor nos casos em que não se identifica o usuário ofensor, dado as dificuldades na identificação, para prestar com agilidade a segurança jurídica necessário à retirada do conteúdo danoso da rede e evitar assim uma maior propagação.

Assim, o Marco Civil mostrou-se uma importante ferramenta para a proteção da privacidade dos usuários da rede, uma vez que as ferramentas elencadas na referida lei dão o respaldo ao usuário, mesmo nos casos em que não se identifica o ofensor, recaindo a responsabilidade ao provedor subsidiariamente.

No tocante à efetiva retirada de fotos, vídeos e conteúdos que expõem a privacidade e de uma forma ampla a vida do indivíduo, o Marco

Civil detém que apenas um pedido da vítima que foi exposta ou das demais pessoas que seja encaminhado diretamente ao provedor basta, para ficar obrigado a providenciar a retirada do conteúdo danoso da web.

Corroborando com a afirmação, expõe Ópice Blum, em reportagem ao portal G1, publicada em 11 de julho de 2012, que diz:

Hoje em dia, você manda um e-mail na hora que você tem o conhecimento do conteúdo prejudicial. O provedor recebe e retira, porque ele sabe que a jurisprudência diz que ele tem que agir assim que souber, ou pagará indenização. Se for necessário solicitar ordem judicial, na melhor das hipóteses, isso leva de dois a três dias. Na internet, o conteúdo se espalha em poucos minutos.

Não obstante, remete-nos Cots (2014):

Antes ao Marco Civil, o provedor era colocado entre a cruz e a espada, ou seja, se retirasse o conteúdo, poderia responder perante o seu usuário se sua decisão não foi acertada. Se, por outro lado, não retirasse o conteúdo, poderia responder solidariamente com o infrator pelos danos causados à pessoa, se esta se socorresse do Poder Judiciário. Atualmente essa avaliação que o provedor do conteúdo precisava fazer se tornou praticamente desnecessária, vez que, em regra, somente terá a obrigação de retirar o conteúdo mediante ordem judicial. Não qualquer ordem, mas uma que “deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material” (parágrafo 1º, art. 19). A exceção, porém, é a seguinte: a retirada de material que contenha imagens, vídeos ou outros materiais com cenas de nudez ou de atos sexuais deve ocorrer também

mediante mera notificação extrajudicial por parte do interessado, não havendo necessidade de ordem judicial.

Desta forma, em suma o provedor deverá retirar conteúdo que contém cenas de nudez ou atos sexuais com uma mera notificação extrajudicial (a doutrina elenca até mesmo um email enviado ao provedor) do usuário, este se obriga a retirar o conteúdo para evitar ação judicial na prática deste ato. Em um segundo momento, não correspondido o pedido do usuário, caberá ação judicial contra provedor, que então será requisitado a tomar as medidas cabíveis, e caso permaneça omissivo, responderá subsidiariamente ao ofensor não identificado.

Corroborando ao exposto, temos o julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INIBITÓRIA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO LIMINAR. DIREITO À PRIVACIDADE. IMAGENS, COM CONOTAÇÃO SEXUAL, PUBLICADAS NA WEB SEM AUTORIZAÇÃO. SITES DE TERCEIROS. ABSOLUTA AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO NA DIVULGAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISA DE INTERNET DE INDISPONIBILIZAREM O ACESSO PÚBLICO A CONTEÚDOS ILÍCITOS, DEPOIS DE CIENTIFICADOS. DANOS CERTOS À PRIVACIDADE E INTIMIDADE. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE PESQUISA SOMENTE APÓS SUA NOTIFICAÇÃO COM PRAZO RAZOÁVEL AO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. MARCO CIVIL DA INTERNET. JURISPRUDÊNCIA DO STJ DIVERGENTE ENTRE 3ª e 4ª TURMAS. FUNDAMENTAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DECISÃO CONFORME LEADING CASE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. (...) - **Ao ser comunicado de que**

determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar no prazo máximo estipulado pela decisão judicial, sob pena de responder subsidiariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. V - Acaso a parte prejudicada não acione diretamente o provedor de busca de internet para relatar qualquer ilicitude com o uso de sua imagem, ao contrário, prefere buscar o Poder Judiciário para fazer cessar a atividade de pesquisa/busca em sites de terceiros por uso de imagem não autorizada, tal fato somente passa a caracterizar a culpa in omittendo do provedor de pesquisa depois de devidamente notificado da ordem judicial, sob pena de configurar-se responsabilidade objetiva. VI - Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, ou mesmo das páginas que disponibiliza como meio de consulta do público em geral, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet. (...)

(TJ-MA - AI: 0396512014 MA 0008173-72.2014.8.10.0000, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 16/12/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/12/2014)

Também nos remete o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL - INTERNET –
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMENTÁRIO

OFENSIVO POSTADO EM COMUNIDADE DO 'ORKUT' – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – INÉRCIA DO PROVEDOR – **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA** CARACTERIZADA. SENTENÇA MANTIDA. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo publicadas em sites de relacionamento não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, razão pela qual, não se aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. **O provedor de internet, contudo, responde solidariamente com o autor direto do dano quando, ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, em virtude da omissão em que incide.** As expressões "pilantra" e "ladrão" ofendem claramente a honra e a imagem do apelado, despiciendo, portanto, qualquer exame mais profundo em juízo de valor para retirada imediata das mensagens, após a notificação extrajudicial. Sentença mantida. RECURSO ADESIVO DO AUTOR – PRETENSÃO À MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INADMISSIBILIDADE. Montante fixado pela r. sentença (R\$ 6.780,00) que deve ser mantido, pois atende a finalidade da indenização, em consonância com os padrões observados nesta Câmara e com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. RESULTADO: apelação principal e apelação adesiva desprovidas.

Ao pleitear-se judicialmente a retirada de conteúdo ofensivo, a jurisprudência está consolidada no sentido de conceder a obrigatoriedade do provedor em dar o respaldo ao usuário na preservação de sua privacidade nos casos em que não se identifique o ofensor, assegurando-lhe que o provedor irá ser responsabilizado em relação ao conteúdo divulgado, ainda buscando sempre uma melhoria na condição da

identificação dos mesmos, como nos casos supracitados, em que se visa a segurança jurídica e de alguma forma, o usuário que teve direito violado, terá o benefício do judiciário para resguardar seus direitos.

4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa destaca primazia exposta pela elaboração da lei 12.965/2014 (Marco Civil) para melhor aparelhar o Judiciário na busca pela tutela dos direitos, principalmente no que se refere ao direito à privacidade na rede, antes aplicando normas análogas de conteúdo vago que não davam a segurança jurídica necessária ao usuário, uma vez que é difícil a identificação do ofensor e que não se detinha lei trazendo uma alternativa para garantia do direito.

O direito à privacidade encontra a previsão legal na Constituição Federal, todavia ao passo do desenvolvimento tecnológico, necessitou-se de adequações para uma melhor definição e segurança jurídica no que diz respeito ao uso da internet e ao ambiente virtual como um todo, dando embasamento ao judiciário para garantir-se de qualquer forma ao usuário que teve direito à privacidade violado uma efetiva ferramenta para ter o conteúdo divulgado retirado de circulação e pleitear danos morais.

O Marco Civil foi um importante instrumento criado para proteção da navegação na rede, e de certa forma, marcou um tempo para novas regulamentações ao evidenciar a necessidade que os usuários tem de navegarem livremente, sem atentar contra terceiros, e ao mesmo tempo saber que existem direitos assegurados no simples fato de o mesmo estar expondo-se na rede.

Não obstante, evidenciou-se nos casos supra-apresentados, que a jurisprudência aplica em um primeiro momento a responsabilidade ao ofensor, e como na maioria dos casos tal fato não se consumava pela dificuldade na identificação deste, responde o provedor pela prática do delito, de forma subsidiária, garantindo-se a retirada do conteúdo danoso da internet.

Assim, é claro que o grande problema enfrentado pela Lei 12.965/2014 encontra seu respaldo no fato do anonimato desempenhado

por muitos usuários na rede, toda via ao mesmo tempo em que podemos incorrer no risco de não localizar o ofensor para tratar da sua responsabilização ao dano causado, subsidiariamente, conforme preceitua o artigo 21 da lei, o legislador tratou da hipótese de não identificação ao prever que, neste caso, poderá o próprio provedor, que detém as informações dos usuários, ser responsabilizado por delito praticado, no caso de não retirar conteúdo da rede e permitir que informações continuem circulando.

Por fim, que a responsabilidade subsidiária do provedor é a ferramenta mais eficaz da Lei 12.965/2014, uma vez que o Marco Civil indica que ao usuário, cabe apenas uma manifestação extrajudicial ao provedor, preceito ainda constante no artigo 21 da referido codificação, para que este demonstre interesse em retirar o conteúdo ofensivo da rede como forma de se precaver de ação judicial, e em caso de negativa, caberá a ordem judicial para reparação do dano.

5 REFERÊNCIAS

AIRES, José Rover. **Direito e Informática**. Barueri: Manole, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. **AI 0396512014**. Relator: Marcelo Carvalho Silva. Data de Julgamento: 16/12/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **AC 1400990-8**. Relator Luciano Carrasco Falavinha Souza. Data de Julgamento: 18/11/2015, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1701 01/12/2015)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1193764-SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 14 de dezembro de 2010

BRASIL. **Novo Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

CABRAL, Bruno Fontenele. **The right do be let alone: considerações sobre o direito ao esquecimento**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28362/the-right-to-be-let-alone-consideracoes-sobre-o-direito-ao-esquecimento>. Acesso em 25 set 2016.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e Seus Aspectos Processuais**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. **A informática e a Internet no Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645357/a-informatica-e-a-internet-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, José A. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

Direito e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: José Renato Gaziero Cella, Aires Jose Rover, Valéria Ribas Do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/178h0tg/vwk790q7/v29Y2jXuZQ4XYUrM.pdf> Acesso em 14 ago 2016

FROTA, Hidemberg Alves da. **Direito à vida privada: direito fundamental ou direito da personalidade**. Temáticas Jurídicas, texto publicado pelo autor. Disponível em: <https://tematicasjuridicas.wordpress.com/2010/12/25/direito-a-vida-privada-direito-fundamental-ou-direito-da-personalidade/>. Acesso em 14 ago 2016.

HUNDERTMARCH, Bruna. A ausência de legisla o específica de direito digital e a prote o do direito   privacidade perante as facilidades da internet. ** mbito Jurídico.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13444&revista_caderno=17. Acesso em 14 ago 2016.

JUNIOR, Luis Martius Holanda Bezerra. Considera es sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar. Jus Navigandi, texto publicado pelo autor. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11668/consideracoes-sobre-os-direitos-da-personalidade-e-a-liberdade-de-informar>. Acesso em 14 ago 2016

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** São Paulo: Saraiva, 2012

MARTINS, Helena. **Os três princípios do marco civil na internet.** Disponível em: <http://www.jcnet.com.br/Geral/2014/04/entenda-os-tres-principios-do-marco-civil-da-internet.html>. Acesso em 22 ago 2016.

MORAES, Thiago Guimarães. **Responsabilidade civil de provedores de conteúdo da internet.** Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Civil. 2015.

PADRÃO, Vinicius Jor s. **Direito ao esquecimento: comentários ao acórdão no REsp n  1.335.153/RJ.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41089/direito-ao-esquecimento-comentarios-ao-acordao-no-resp-n-1-335-153-rj>. Acesso em 25 set 2016

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informa o, privacidade de responsabilidade civil.** 7 Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Leonardo. **5 Pontos Essenciais para Entender o Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/5-pontos-essenciais-para-entender-o-marco-civil-da-internet/41053>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Governança das Redes e o Marco Civil da Internet: Liberdades, privacidade e democracia**. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

QUEIROZ, Danilo Duarte de. **Privacidade na Internet**. In: REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da Informática – temas polêmicos*. 3ª Ed., Bauru: Edipro, 2002.

QUEIROZ, Iranilda Ulisses. **Proteção à intimidade e à vida privada à luz da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/>

[artigos/exibir/2662/Protecao-a-intimidade-e-a-vida-privada-a-luz-da-Constituicao](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2662/Protecao-a-intimidade-e-a-vida-privada-a-luz-da-Constituicao)

-Federal-de-1988. Acesso em 22 ago 2016.

SAMPAIO, Fillipe Silva. **Responsabilidade civil decorrente da violação do direito à privacidade na internet**. Jus Navigandi, texto publicado pelo autor. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39377/responsabilidade-civil-decorrente-da-violacao-do-direito-a-privacidade-na-internet>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 188.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

STACCHINI, Fernando F. **O Marco Civil como exemplo**. Última Instância. Disponível: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/70104/o+marco+civil+como+exemplo.shtm>. Acesso em 22 ago 2016.

VIEIRA. S nia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da Vida Privada e da Intimidade Pelos Meios Eletr nicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

NOTAS:

[1] Cabe como exemplo o Resp. 1.334.097 que reconheceu o direito ao esquecimento para um homem inocentado da acusa o de envolvimento na chacina da Candelária, que posteriormente foi retratado pelo Programa Linha Direta da TV Rede Globo. **EMENTARECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULA O INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVI O POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTE O LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITA OES POSITIVADAS   ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUN O LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZA O**

O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO SANEAMENTO AMBIENTAL PELO STJ: PRIMEIRAS LINHAS DA SUPREMACIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIOAMBIENTAL EM PROL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

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: Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança ambiental, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos ambientais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental. A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o

conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade ambiental como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Mínimo Existencial Socioambiental. Direito ao Saneamento Ambiental. Entendimento Jurisprudencial

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica do Direito Ambiental; 2 Anotações ao processo de migração do Estado Liberal para o Estado Socioambiental de Direito; 3 Fundamentos Constitucionais do Direito ao Mínimo Existencial Socioambiental; 4 O Reconhecimento do Direito ao Saneamento Ambiental pelo STJ: Primeiras Linhas da Supremacia do Mínimo Existencial Socioambiental em prol da Dignidade da Pessoa Humana.

1 Ponderações Introdutórias: A Construção Teórica do Direito Ambiental

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, em razão do burilado, 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, 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 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 Verdan, “*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.

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 permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas.

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, com cores quentes, 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 Constituição da República de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º-** *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 firmado pelo 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 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].

“*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 Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Anotações ao processo de migração do Estado Liberal para o Estado Socioambiental de Direito

Inicialmente, a miséria e a pobreza, como claras manifestações da falta de acesso aos direitos sociais básicos, tais como: saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação e renda mínima, caminham juntas com a degradação e a poluição do meio ambiente, atentando contra a dignidade das populações de baixa renda. Em razão de tais aspectos, imperioso se faz a adoção de uma tutela que alcance, concomitantemente, os direitos sociais e os direitos ecológicos, com o fito exclusivo de assegurar as condições mínimas para a preservação e manutenção da qualidade de vida, promovendo, deste modo, o superprincípio norteador da Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja: o da dignidade da pessoa humana. Ora, visando ampliar o núcleo de direitos sociais, impende salientar que aqueles compreendem tanto os direitos relacionados à educação, formação profissional e trabalho, como os direitos à alimentação, moradia, assistência médica e os demais que, no transcurso do tempo, podem ser encarados como integrante da concepção de vida digna. Desta feita, a partir da novel interpretação concedida ao direito a um meio ambiente saudável, é possível colocar em evidência a proeminência de tal tema, constituindo, inclusive, a extensa rubrica dos direitos sociais.

Ainda neste passo, como bem evidencia Sarlet e Fensterseifer^[9], imperioso se faz colocar em evidência, notadamente em razão da consolidação do entendimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a existência de uma dimensão social quanto de uma dimensão ecológica constituintes da dignidade da pessoa humana. Desta feita, a configuração do Estado Socioambiental de Direito apresenta como questão dotada de relevância a segurança ambiental, que passa a assumir posição central, incumbindo ao Ente Estatal a função de salvaguardar os cidadãos contra novas formas de violação de sua dignidade e dos seus direitos fundamentais, em razão dos efeitos devastadores dos impactos socioambientais produzido pela sociedade de risco contemporânea. Com efeito, com o escopo de ilustrar tais ponderações, curial se faz citar a manifestação do Ministro Celso de Mello, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540/DF, em especial quando destaca que:

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[10].

Desta feita, o Estado de Direito, com o fito de promover a tutela da dignidade humana em face dos reiterados riscos ambientais e da insegurança propiciados pela sociedade tecnológica, deve ser capaz de conjugar os valores fundamentais que são ejetados das relações sociais e, por meio de suas instituições democráticas, garantir aos cidadãos a segurança carecida à manutenção e proteção de vida com qualidade ambiental, observando, inclusive, as consequências futuras resultantes da adoção de determinadas tecnologias. *“É precisamente nesse contexto que assume importância o reconhecimento dos deveres de proteção do Estado, em especial a partir da assim chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais”*[11]. Subsiste, *in casu*, um dever estatal de garantia da segurança ou de prevenção de riscos, o que é verificável em todas as dimensões da socioambientalidade, tais como a segurança alimentar ou mesmo na produção e comercialização de medicamentos, e da própria segurança pública e pessoal.

Assentado em tais ideários, é possível salientar que, por meio da concretização dos deveres de proteção em relação aos direitos fundamentais e a dignidade humana, o Estado contemporâneo deve se ajustar, e em sendo necessário se remodelar, às novas ameaças e riscos ecológicos, os quais têm o condão de fragilizar a própria existência humana. Assim, em consonância com a proteção do meio ambiente, enquanto um reforço da proteção da dignidade da pessoa humana, a ordem constitucional brasileira, conforme se extrai dos dispositivos 170[12], 186[13] e 225[14], todos da Constituição Federal, inauguram um modelo jurídico-político-econômico em harmonia com o princípio do desenvolvimento sustentável. Com efeito, com o escopo de ilustrar tais ponderações, curial se faz citar a manifestação do Ministro Celso de Mello, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540/DF, em especial quando destaca:

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 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[15].

Denota-se, dessa forma, que “*o novo modelo de Estado de Direito objetiva uma salvaguarda cada vez maior da dignidade humana e de todos os direitos fundamentais (de todas as dimensões), em vista de uma (re)construção histórica permanente dos seus conteúdos normativos*”[16]. Ao lado do esposado, o modelo de Estado de Direito Socioambiental revela tão somente a incorporação de uma nova dimensão, com o intuito de contemplar o elenco dos objetivos fundamentais do Estado de Direito contemporâneo, a saber: a proteção do ambiente, que se articula, de modo dialético, com as demais dimensões já consagradas, de maneira plena, no decorrer do percurso histórico de formação do Estado de Direito, notadamente no que concerne à proteção dos direitos fundamentais, consistente na realização de uma democracia política participativa, a disciplina e regulação da atividade econômica pelo poder político democrático e a materialização dos objetivos de justiça social.

Com efeito, o corolário constitucional da solidariedade se apresenta como um axioma do Estado Socioambiental de Direito, conjugado com a liberdade e a igualdade, com o escopo de concretizar a dignidade em todos os seres humanos. Ademais, no contexto das relações jurídicas que se trava no âmbito ambiental, é possível, dada a proeminência do tema, reconhecer e tutelar a dignidade das gerações futuras, valorando a denominada solidariedade transgeracional. Da mesma forma, não se pode olvidar que é imperioso a garantia de um mínimo, em termos de qualidade ambiental, na perspectiva das gerações humanas futuras, materializando a

tutela insculpida no artigo 225 da Constituição Federal[17]. “A *responsabilidade pela preservação de um patamar ecológico mínimo deve se atribuída, tanto na forma dos deveres de proteção do Estado como na forma de deveres fundamentais dos particulares, às gerações humanas presentes*”[18], materializando para estas o dever de preservar as bases naturais mínimas para o desenvolvimento da vida das gerações futuras.

3 Fundamentos Constitucionais do Direito ao Mínimo Existencial Socioambiental

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança ambiental, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos ambientais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental, “*precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória*”[19].

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que

almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade ambiental como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

O conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Nesta esteira, com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção da proteção ambiental no rol dos direitos fundamentais, de maneira que o conteúdo do mínimo existencial, até então restrito à dimensão social, deve necessariamente compreender também um mínimo de qualidade ambiental, no sentido de encampar o mínimo existencial ecológico, que assume verdadeira feição socioambiental. Ao se adotar os paradigmas ventilados pelo artigo 225 da Constituição Federal[20], é verificável que a promoção da sadia qualidade de vida só é possível, enquanto desdobramento da vida e saúde humanas, dentro dos padrões mínimos estabelecidos

constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, num ambiente natural com qualidade ambiental.

O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares para o desenvolvimento das potencialidades humanas, além de ser imprescindível à sobrevivência do ser humano como espécie natural. Desta feita, com o intento que se contribuir para a construção de uma fundamentação do mínimo existencial ecológico e, em uma perspectiva mais ampla, socioambiental, é adotado, portanto, uma compreensão alargada do conceito de mínimo existencial, com o escopo de alcançar a ideia de uma vida com qualidade ambiental. *“A dignidade da pessoa humana, por sua vez, somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável”*^[21], o que, com efeito, passa, por imperioso, pela qualidade, equilíbrio e segurança do ambiente em que a vida humana se encontra sediada.

4 O Reconhecimento do Direito ao Saneamento Ambiental pelo STJ: Primeiras Linhas da Supremacia do Mínimo Existencial Socioambiental em prol da Dignidade da Pessoa Humana

Adotando as ponderações estruturadas nos tópicos anteriores, é possível salientar que com a adoção do mínimo existencial socioambiental, configura verdadeira ampliação do rol dos direitos fundamentais, notadamente no que concerne à sua dimensão sociocultural, abarcando novas demandas e desafios existenciais provenientes da matriz ecológica. Nesta senda, incumbe ao legislador promover a ampliação do rol dos direitos fundamentais, garantindo, via de consequência, o alargamento do conjunto de prestações socioculturais indispensáveis para assegurar a cada indivíduo uma vida condigna e a efetiva possibilidade da inserção na vida econômica, social, cultural e política, refletindo um processo dinâmico e fortemente receptivo ao contexto.

Nesta esteira, a edificação e fortalecimento dos valores atrelados ao mínimo existencial socioambiental inauguram um novo patamar, no qual aspectos essenciais da tutela ambiental e de outros direitos. Desta feita, com

o intento que se contribuir para a construção de uma fundamentação do mínimo existencial ecológico e, em uma perspectiva mais ampla, socioambiental, é adotado, portanto, uma compreensão alargada do conceito de mínimo existencial, com o escopo de alcançar a ideia de uma vida com qualidade ambiental. O piso mínimo vital de direitos que deve ser assegurado pelo Estado a todos os indivíduos, dentre os quais insta salientar o direito à saúde, para cujo exercício é imprescindível um ambiente equilibrado e dotado de higidez, como afirmação dos valores irradiados pela democracia e justiça social.

Desta feita, em decorrência da densidade jurídica usufruída pelo mínimo existencial socioambiental e, por via de extensão, os primados axiológicos do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da solidariedade intergeracional e da difusidade do meio ambiente, há que se reconhecer que o instituto do dano moral se apresenta como plenamente incidente em sede de danos ambientais. Ora, o instituto em comento ultrapassa o aspecto eminentemente financeiro e substancializa pilares imprescindíveis para o mínimo existencial socioambiental, a saber: o dever de reparar por parte do agente causador do dano e o aspecto pedagógico tanto para esse como para a sociedade em geral. Insta frisar que o dano ambiental contempla, em sua essência, aspecto difuso, porquanto lesiona ou ameaça, diretamente, bem cuja titularidade compreende toda a espécie humana. Sobre a temática, o Superior Tribunal de Justiça plasmou jurisprudência no sentido que:

Ementa: Administrativo. Ambiental. Processual Civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ação Civil Pública de Indenização pelo uso de bem ambiental comum do povo sem autorização federal. Causação de dano ambiental. Provas dos autos. Documentação fotográfica. Condenação à reparação de danos morais coletivos. Divergência jurisprudencial e violação a normativo federal. Fundamentação legal inatacada. Súmula 283/STF. Impossibilidade de revisão do acervo probatório. Súmula 07/STJ. Carência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. [...] 2. No caso concreto,

o Tribunal da origem reconheceu a ocorrência efetiva de dano ambiental e a necessidade de sua reparação tendo em conta o regulamento da Lei 7.661/1988 (Lei de Gerenciamento Costeiro), mais precisamente os arts. 2.º, 3.º, inciso I, 6.º, § 1.º, e 10, §§ 1.º a 3.º, nenhum deles tendo sido objeto de impugnação pelo recurso especial. 3. Demais disso, o recurso especial não é, em razão da Súmula 07/STJ, via processual adequada para questionar julgado que se afirmou explicitamente em contexto fático-probatório próprio da causa, tampouco se autorizando o seu processamento, sob a alegação de ofensa a preceito de direito federal, se as normas ínsitas aos textos legais destacados sequer foram tratadas pelo Tribunal a quo, hipótese esta de incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 4. Quanto a isso, o acórdão é arraigado em prova documental, sobretudo fotográfica, do uso de bem comum do povo sem autorização do órgão federal competente e de, a partir disso, ter havido a ocorrência de dano ambiental, assim por que se fazia necessária a sua reparação correspondente [...] (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ AgRg no REsp 1.323.399/RJ/ Relator: Ministro Mauro Campbell Marques/ Julgado em 15 dez. 2015/ Publicado no DJe em 18 dez. 2015).

Ementa: Civil e Processual Civil. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Reexame de provas. Desnecessidade. Agravo Regimental provido. Responsabilidade civil por ato lícito. Dano ambiental. Construção de usina hidrelétrica. Alteração da ictiofauna. Prejuízo decorrente da modificação qualitativa e quantitativa do estoque pesqueiro. Danos morais. Inexistência. Recurso Especial parcialmente provido. 1. Se os fatos da causa foram adequada e suficientemente descritos no acórdão recorrido, não é necessária a incursão nos

elementos probatórios para o julgamento da tese jurídica desenvolvida no recurso especial, o que afasta a incidência da Súmula n. 7/STJ. 2. Fundada na Teoria do Risco e no Princípio do Poluidor Pagador, é objetiva a responsabilidade civil por danos ambientais, entre os quais se inclui a degradação proveniente de atos lícitos que criem condições adversas às atividades sociais e econômicas ou afetem desfavoravelmente a biota. 3. "Embora notória a finalidade pública do represamento de rio para a construção de usina hidrelétrica e, no caso em exame, sendo certo que o empreendimento respeitou o contrato de concessão e as normas ambientais pertinentes, a alteração da fauna aquática e a diminuição do valor comercial do pescado enseja dano a legítimo interesse dos pescadores artesanais, passível de indenização" (REsp n. 1.370.125/PR, rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI). [...]. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ AgRg no AREsp 117.202/PR/ Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira/ Julgado em 05 nov. 2015/ Publicado no DJe em 30 nov. 2015).

Ementa: Processo Civil e Ambiental. Ação Civil Pública. Ordem Urbanística. Loteamento rural clandestino. Ilegalidades e irregularidades demonstradas. Omissão do Poder Público Municipal. Dano ao meio ambiente configurado. Dano moral coletivo. 1. Recurso especial em que se discute a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que, além de invadir Área de Preservação Ambiental Permanente, submeteu os moradores da região a condições precárias de sobrevivência. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem determinou as medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a

regularização do loteamento, mas negou provimento ao pedido de ressarcimento de dano moral coletivo. 3. A reparação ambiental deve ser plena. A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual. Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012. 4. "O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos" (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.). 5. No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/04/2015. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.410.698/MG/ Relator: Ministro Humberto Martins/ Julgado em 23 jun. 2015/ Publicado no DJe em 30 jun. 2015).

Diante dos conceitos e aporte apresentados, é forçoso reconhecer que, em um cenário de forte degradação ambiental, há um contraste em que o primado da dignidade da pessoa humana, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro, tende a ganhar contornos cada vez mais densos, implicando, por extensão, em um sucedâneo de direitos indissociáveis e que estão umbilicalmente vinculados ao ideário maior de realização do indivíduo. Contemporaneamente, a Organização das Nações Unidas, de maneira expressa, reconheceu o direito ao saneamento básico como direito de índole humanística, ou seja, passa a compor a extensa rubrica dos direitos humanos, alargada sobremaneira após a década de 1950. Cuida reconhecer, neste primeiro comentário, que a promoção do direito ao saneamento básico apresenta dupla vertente, porquanto compreende o direito do indivíduo e o direito da coletividade.

De ângulo reverso, há que se reconhecer, igualmente, que as comunidades mais carentes e, comumente, colocadas à margem da sociedade tende a ser afetada diretamente pela ausência de tal direito. Ora, o saneamento básico é algo utópico e desvinculado da realidade local, sobretudo em decorrência de incidir primordialmente em nichos nos quais a população é desprovida de representatividade e não interfere na formação das agendas básicas das políticas públicas. Neste aspecto, reconhecer é imperioso que as comunidades mais afetadas são aquelas que tendem a suportar as consequências de um desenvolvimento econômico não planejado, trazendo, à reboque, ausência de saneamento básico como ponto de partida para a instalação de epidemias e exposição da população a uma série de doenças, tipicamente advindas da ausência de implementação de tal direito. Sobre tal questão, o Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento, inclusive, que o direito ao saneamento compõe o mínimo existencial socioambiental, sobre o qual inclusive descabe a invocação da teoria da reserva do possível. Em complemento ao expandido, cuida transcrever:

Ementa: Administrativo. Processo Civil. Ação Civil Pública. Rede de esgoto. Violação ao art. 45 da Lei nº. 11.445/2007. Ocorrência. Discricionariedade da Administração. Reserva do possível. Mínimo existencial. 1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada

pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública. 2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta. 3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública - limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente. 4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade. 5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. 6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública. 7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos. Recurso especial provido.

(Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.366.331/RS/ Relator: Ministro Humberto Martins/ Julgado em 16 dez. 2014/ Publicado no DJe 19 dez. 2014).

Em sede de legislação interna, foi promulgada legislação de regência dos resíduos sólidos deve ser estruturada em uma política concreta de desenvolvimento urbano por parte dos municípios, buscando a promoção da dignidade da população urbana. *“Assim, as regras jurídicas que se aplicam aos resíduos sólidos continuaram a ter gênese constitucional em face da tutela jurídica do meio ambiente artificial”* [22]. Em harmonia com o ideal estabelecido pelo Texto Constitucional, alcançando o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de elemento de promoção da sadia qualidade de vida e, por extensão, a dignidade da pessoa humana, é denotável que a Política Nacional de Resíduos Sólidos está condicionada aos princípios constitucionais do direito ambiental brasileiro. Com efeito, a responsabilidade das pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e das que desenvolvam ações atreladas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos é, em regra, solidária e objetiva. Nesta linha, a tábua principiológica constitucional sujeita, também, as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos, tal como aquelas que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos, observando-se, imperiosamente, as disposições aplicáveis ao direito criminal ambiental, detentor de arcabouço jurídico próprio.

No mais, cuida pontuar que a lei proíbe, ainda, de forma explícita, o lançamento de resíduos sólidos ou rejeitos a céu aberto, isto é: os denominados “lixões”, como também a fixação de habitações temporárias ou permanentes nas áreas de disposição final de resíduos ou de rejeitos, indicando, de forma clara, a vedação de importação de resíduos sólidos perigosos e rejeitos. Por derradeiro, cuida reconhecer que o gerenciamento de

resíduos e rejeitos, na sistemática contemporânea, sobretudo buscando instituir, em consonância com a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a promoção do bem-estados habitantes das cidades, o estabelecimento de condições fundamentais de existência e preservação da saúde, sobretudo odireito ao saneamento ambiental, conferindo dignidade, maiormenteas populações periféricas atingidas pela ausência de planejamento urbano, despidas dos direitos essências de existência.

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 11 jun. 2016.

_____. **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 11 jun. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 11 jun. 2016.

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 11 jun. 2016.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 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 11 jun. 2016.

NOTAS:

[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 11 jun. 2016.

[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 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 11 jun. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[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 11 jun. 2016.

[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.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jun. 2016.

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 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 N° 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 11 jun. 2016.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 101.

[10] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540/DF. 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. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 11 jun. 2016.

[11] SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 102.

[12] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jun. 2016: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”;

[13] *Ibid.* “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:(omissis) II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

[14] *Ibid.* “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”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540/DF. 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. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 11 jun. 2016.

[16] SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 103.

[17] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jun. 2016: “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”.

[18] SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 106.

[19] SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 116

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jun. 2016: “*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”.*

[21] SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 120.

[22] FIORILLO, 2012, p. 384.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS FRAUDES EMPRESARIAIS

ABIMAEEL APARECIDO HAMMER: Bacharelado em Direito.

Trabalho apresentado a faculdade ESTÁCIO/FNC, sob orientação do Prof. Ms. IVAN ROSAS TEIXEIRA, data de entrega 18/11/2016, data de apresentação 18/12/2016. Como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo apresentar as definições e conceitos de Responsabilidade Estatal, levando em consideração a responsabilidade civil imposta em nosso código civil. Tem por finalidade, expor a importância de ambas as responsabilidades, que por sua vez tem sua eficácia comprometida devido as falhas e/ou falta de recursos de fiscalização para integral cumprimento. O estado veste-se de seu poder de estado, para cobrar, cumprir e fiscalizar as empresas em geral e sem prejudicar a livre iniciativa e sem deixar de lado os direitos difusos e coletivos. O assunto que se estende no lapso temporal, tanto ao ponto a que se estende essa responsabilidade, quanto a profundidade a que se pode alcançar com a fiscalização para garantir uma fiel prestação de contas.

PALAVRAS CHAVE: DIREITOS, DEVERES, RESPONSABILIDADE, RESPONSABILIDADE DO ESTADO, FRAUDE.

ABSTRACT: This paper aims to present the definitions and concepts of State responsibility, taking into account the liability imposed on our civil code. Its purpose, to expose the importance of both the responsibilities, which in turn has its effectiveness compromised due to failure and / or lack of enforcement resources for full compliance. The state dressed in their state power, to collect, observe and inspect companies in general and without harming the free initiative and

without leaving aside the diffuse and collective rights. The subject that extends the time lapse, much to the point that extends this responsibility, as the depth that can be achieved with supervision to ensure true accountability.

Keywords: RIGHTS, DUTIES, LIABILITY STATE OF LIABILITY, FRAUDE.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1- CONCEITO DE FRAUDE, 2- CONCEITO DE RESPONSABILIDADE e RESPONSABILIDADE CIVIL, 3- DIREITOS E DEVERES, 4- RESPONSABILIDADE DO ESTADO, 4.1- OBJETIVA 4.2- SUBJETIVA, CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

As fraudes empresariais vem sendo tratada como motivo crescente no meio jurídico e não pode de maneira alguma deixar de ser levada em consideração. Muito embora seja de um âmbito criminal, para alguns doutrinadores e de responsabilidade especifica de um indivíduo, não podemos descartar a responsabilidade do Estado, e também deixar que este se omitia nas relações privadas, levando em considerações que o Estado é responsável pela fiscalização das empresas.

Vamos tratar de uma maneira ampla e destacando os principais fatores que levam o estado a reconsiderar e porque não inovar suas formas de avaliação e fiscalização perante as empresas e os meios de recebimento de receita fiscal.

CONCEITO DE FRAUDE

Fraude é um crime previsto na legislação criminal, exposto no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 171, V, com previsão de pena de reclusão de um a cinco anos.

De acordo com (Pereira 1987, p.220)

“a palavra fraude tem origem do latim *fraus*, *fraudis* (engano, má-fé, logro), a fraude é normalmente compreendida como o engano malicioso, intentado

de má-fé, destinado a encobrir a verdade ou a contornar um dever”.

A fraude tem o cunho de a o de dolo e prejudicial,   um ato praticado com inten o de ludibriar terceiros, usando de informa es privilegiadas em benefício próprio e a obten o para si ou para outrem, de uma vantagem ilícita, com prejuízo alheio, induzindo alguém em erro.

1- CONCEITO DE RESPONSABILIDADE e REONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil está normatizada no código civil no (título IX capitulo I) a partir do artigo 927 e seguintes, trata da obriga o de indeniza o que tem aquele que, por ato ilícito causar prejuízo a outrem, conforme art. 186 do código civil que define ato ilícito. Sendo assim, do art. 927 ao 954 do código civil, estão elencados todas as responsabilidades as quais se devem levar em considera o a responsabilidade de indeniza o nos casos ali expostos.

Enfim, “responsabilidade   a obriga o de responder pelas a es próprias ou de outros”, lembrando que quando essa responsabilidade torna-se civil ela   passiva de repara o.

Neste sentido, Rui Stoco define responsabilidade desta forma:

*“A no o da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim **respondere**, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposi o estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria no o de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana”*
(STOCO Rui, 2007, p.114).

Ora, se temos responsabilidade por nossos atos um a um, vamos seguir ao próximo t pico dando ênfase não apenas a

responsabilidade unificada, mas também à responsabilidade de uma premissa maior que é o estado.

2- DIREITOS E DEVERES

A Constituição Federal de 1988 nos traz em cinco capítulos os direitos e deveres fundamentais do cidadão, tendo em vista os diversos artigos referentes ao assunto, vamos mencionar o que diz o Portal do Planalto ou Portal Brasil:

“O que são os direitos e deveres do cidadão? Antes de qualquer coisa, o que é ser um cidadão?

Cidadão é aquele que se identifica culturalmente como parte de um território, usufrui dos direitos e cumpre os deveres estabelecidos em lei. Ou seja, exercer a cidadania é ter consciência de suas obrigações e lutar para que o que é justo e o correto sejam colocados em prática.

Os direitos e deveres não podem andar separados. Afinal, quando cada um cumpre com suas obrigações, permite que outros exercitem seus direitos.

Veja alguns exemplos dos direitos e deveres do cidadão:

Deveres

- Votar para escolher nossos governantes;
- Cumprir as leis;
- Respeitar os direitos sociais de outras pessoas;
- Educar e proteger nossos semelhantes;
- Proteger a natureza;
- Proteger o patrimônio público e social do País;
- Colaborar com as autoridades.

Direitos

- Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição;

- Saúde, educação, moradia, trabalho, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, segurança, lazer, vestuário, alimentação e transporte são direitos dos cidadãos;
- Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- Ninguém deve ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- A manifestação do pensamento é livre, sendo vedado o anonimato;
- A liberdade de consciência e de crença é inviolável, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

A Constituição de 1988 reserva cinco capítulos aos direitos fundamentais do cidadão, com várias categorias sobre os direitos individuais e coletivos; Existem leis importantes que não podem deixar de ser conhecidas como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.”

Relacionados os direitos e deveres elencados em nossa Carta Magna, que definem tudo aquilo que devemos fazer e também o que temos direito, devemos lembrar que tudo isto é imposto de maneira individual, ou seja, cidadão a cidadão. Porém, quando estão sendo criadas as leis essa individualização perde espaço para direitos difusos e coletivos, afinal os interesses favorecem a maioria e não apenas um direito individual, único.

Os direitos difusos para Ada Pellegrini Grinover são:

“(…) compreende interesses que não encontram apoio em uma relação base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais ou mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob

determinadas condições sócio econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc.”

(GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**,1984,p.30-1).

3- RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Em se tratando de responsabilidade do estado muito há de que se falar, tanto no âmbito omissivo quanto no âmbito impositivo. Ora o mesmo estado que se impõe nas cobranças não seria o mesmo que teria a responsabilidade de fiscalização?

Num dado momento temos o estado vestido de seu poder estatal, num outro ele se omite deixando de lado os direitos difusos e coletivos?

Dando seguimento, vamos entender primeiramente sobre as responsabilidades do estado.

A responsabilidade do estado pode se dividir em diversas responsabilidades:

4.1- Objetiva

Objetiva, que prescinde da culpa, essa culpa devemos observar sempre o nexos de causalidade a que se incide a culpa. Em se tratar de estado, a responsabilidade é tratada pela doutrina sempre em razão da culpa e o direito que foi violado.

“A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.” (STOCO Rui, 2007, p. 157).

Neste trecho extraído do voto no recurso extraordinário nº. 109.615 do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal. Realça com clareza os institutos do assunto em comento:

“A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni** e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.”

a) *Eventus damni**

É o tornar-se insolvente em virtude da alienação do bem de sua propriedade para terceiro. O estado de insolvência não precisa ser de conhecimento do devedor, é objetivo, ou seja, existe ou não,

independentemente do conhecimento do insolvente.

b) *Consilium fraudis*

O termo significa conluio fraudulento, pois alienante (devedor) e adquirente (comprador) têm ciência do prejuízo que causarão ao credor em vista da alienação de bens que garantiriam o adimplemento da obrigação assumida, mas os alienam de má-fé visando frustrar o cumprimento (pagamento) do negócio, e por isso se faz necessária a intervenção judicial. A boa-fé do adquirente impede a caracterização do *consilium fraudis*, requisito essencial para ajuizamento da ação paulina.

Esses dois requisitos devem ser provados pelo credor para que seu pedido seja procedente, e assim ser declarada a ineficácia relativa do negócio jurídico fraudulento firmado entre as partes.

O *consilium fraudis* não precisará ser provado, excepcionalmente, em algumas hipóteses previstas no Código Civil, quando a lei presume a existência de propósito de fraude.

Não apenas nas transmissões onerosas pode ocorrer a fraude contra credores. O Código Civil inclui também a transmissão gratuita de bens, a remissão de dívidas, o pagamento antecipado de dívidas vincendas e a constituição de garantias a algum credor quirografário.

Exceções ao *consilium fraudis* – presunção

Os atos de transmissão gratuitos de bens (doações) e as remissões de dívidas antecipadas (perdão), quando praticados levando o devedor à insolvência,

ou já o sendo, não será necessária a prova do *consilium fraudis*, pois a lei o presumirá. Preferiu a lei os credores que procuram evitar um prejuízo, aos donatários, que visam assegurar o lucro, incluindo as remissões de dívidas, que assim como as doações e o perdão são liberalidades dos devedores.

Também se presumem fraudulentos o pagamento antecipado de dívida à credores quirografários, tendo por escopo colocar em situação de igualdade todos os credores, incidindo a regra do artigo 162 do Código Civil. Estando a dívida vencida, seu pagamento não poderá ser considerado fraude.

Outra atitude presumidamente fraudulenta é a concessão de garantias de dívidas à outros credores (hipoteca, penhor e anticrese) pelo devedor já insolvente, colocando-os em posição mais vantajosa que os demais. Será retirada, neste caso, apenas a garantia, retornando estes devedores à condição de quirografários.

Em contrapartida, certos atos são presumidos de boa-fé pela lei, não podendo ser alcançados pela ação pauliana. Todos os negócios indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural ou industrial, ou ainda à subsistência do devedor e de sua família (art. 164 do Código Civil) são incluídos neste rol.

Da Ação Pauliana:

O meio para reconhecimento da fraude contra credores é a Ação Pauliana, também chamada de Revocatória, que tem por finalidade a aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, restaurando-se aquela garantia dos seus

bens em favor de seus credores. Não tem o condão de anular o ato fraudulento, mas proclama a sua ineficácia relativa, tornando-o inoponível ao credor fraudado, o qual poderá agir, na defesa do seu crédito, sobre o bem ou bens transferidos do patrimônio do devedor para o de terceiro, partícipe da fraude.

Corrente minoritária defende que o negócio deve ser anulado ao invés de ser declarada a sua ineficácia.

Legitimidade para ação:

Os legitimados são os credores quirografários, não podendo beneficiar desta ação os que possuem garantias reais, já que têm bens determinados afetados para a quitação da dívida, e que se forem alienados permitirá ao credor exercer o direito de seqüela, penhorando-o nas mãos de quem quer que esteja. Mas, se a garantia tornar-se insuficiente, poderá propô-la.

4.2- Subjetiva

Os servidores públicos tem o que podemos chamar de responsabilidade subjetiva, que é a responsabilidade de só responderem se agirem com dolo ou culpa, enquanto o Estado na sua responsabilidade objetiva vem a responder pelo fato ter ocorrido algo, não importando então se os seus servidores tomaram o cuidado possibilitado para se prevenir do dano causado a outrem levando em consideração a teria do risco termo em juridiquês. A teoria do risco nada mais é do que uma lógica adaptada em lei: no caso o Estado assume o risco exercendo determinadas atividades que lhe geram proveitos ou lucro. Se acaso esses riscos se materializarem, o Estado é logo responsável pelos danos causados. A menos que o dano causado for por motivos de força maior ou por culpa exclusiva de tal vítima do dano.

Podemos dizer que o nexo causal da ação ou omissão do Estado gerou a consequência, conforme podemos observar nos textos de lei da carta magna:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Semelhante com o que a Constituição diz no artigo 37:

“§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

"Art. 927 - Parágrafo único. **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei**, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

O Estado é responsável mesmo que tenha feito de tudo para que não fosse infringido o direito alheio. Na responsabilidade direta não importa se houve culpa ou dolo do servidor público: o Estado é responsável pelo que aconteceu.

Cabe lembrar que, não estamos tratando do âmbito penal, muito menos processual, e sim da omissão estatal no referente assunto.

Enfim, não pode o estado simplesmente se omitir de uma situação.

Levando em conta todo contexto, em se tratando das “FRAUDES EMPRESARIAIS”, devemos observar que o estado não pode

apenas se omitir e deixar as coisas correndo à revelia. Não estamos falando de uma coisa individual, mesmo tendo toda aparência de individual.

Ora por incrível que se possa parecer ele atinge todos os âmbitos de direitos tanto individual, difuso como coletivo, como veremos a seguir:

Individual:

Atingindo apenas aquele cidadão que através de uma fraude empresarial, sofreu uma demissão e tem através desse nexos causal vir a ferir os direitos de outrem.

Difuso:

Grupo que pelo mesmo motivo de fraude empresarial sofrem e acabam a fazer sofrer com o mesmo nexos causal um número maior de cidadãos, fazendo aqui talvez o início da avalanche e transformando a responsabilidade civil em responsabilidade do estatal.

Coletivo:

E por fim o coletivo, onde atinge em sua totalidade a todos, e é deste momento que devemos observar então, com maior ênfase a situação de omissão do estado nas fraudes empresarias.

Bom, como sabemos o estado é o responsável por promover a livre iniciativa, bem como fiscalizar em sua totalidade os contribuintes, e, impor sanções aos que não cumpram com seus deveres para uma vida em sociedade. Sendo o estado responsável pelo momento do incentivo e da arrecadação dos tributos e também a fiscalização destes, como podemos não falar sobre a responsabilidade do estado nas fraudes?

O estado com sua negligência deixa que seja prejudicado por duas vezes os direitos coletivos da sociedade, tendo em vista que além de não arrecadar milhões para a receita, também faz com que as pessoas prejudicadas sucessivamente acabem por não ter como suprir suas necessidades e por este motivo, novamente não ter como arrecadar destes a receita e então o rombo nos cofres públicos tornam-se ainda maiores, (sem levar em consideração desvios).

Desta maneira implica que o estado em sua omissão, além de promover o enriquecimento ilícito, atua como coadjuvante num crime de fraude, senão vejamos:

- Uma empresa que não paga seus impostos e continua em funcionamento, quem fiscaliza?

- Após a terceira visita do fiscal, ainda não fez acordo, nem sequer acertou seus débitos, como pode continuar a funcionar e gerar lucros para o empresário sem pagar seus tributos?

- Se o fiscal é um agente público, não é responsabilidade do estado seu atos?

Ademais, a inércia do estado no que se refere as fraudes, faz com que uma única empresa não contribua com uma quantia estimada em mais ou menos R\$ 30.000.000,00, dependendo do seguimento, lembrando que essa cifra se arrecadada retornaria em benefícios à população.

O que é ética dos negócios? Ética dos negócios é o estudo da forma pelas quais normas morais pessoais se aplicam às atividades e aos objetivos da empresa comercial. Não se trata de um padrão moral separado, mas do estudo de como o contexto dos negócios cria seus problemas próprios e exclusivos a pessoa moral que atua como um gerente desse sistema. (NASH Laura L. 1993)

Quando Laura Nash se refere aos negócios num âmbito moral e aos objetivos da empresa, ela se refere a uma empresa sadia, temos que lembrar que de maneira nenhuma uma empresa está preparada para fraude, muito embora há casos em que a empresa é criada com intuito de tirar proveito das fraudes e assim alavancar um novo comércio com o valor que fora arrecadado através da fraude, legalizando assim o que antes era ilícito. Logicamente se tem a figura do agente nessa premissa, mal intencionado e preparando para tirar esse proveito.

O se falar de ética num caso desse seria impossível, pois não é condizente com quem tem ética seja empresarial, jurídica ou comum, não

faz parte da ética tal conduta. Os valores morais acabam sendo sucumbidos diante da necessidade ou oportunidade de fraude, onde em alguns casos acaba sendo tão fácil tal prática que se tem uma fraude dentro da fraude, onde o dono tirou proveito e se foi deixando os restos para gerentes e diretores vir como hienas nos restos da empresa e dando uma continuidade as fraudes sem que o primeiro autor saiba.

Para que não fuçamos da responsabilidade do Estado vamos observar o que diz Celso Antônio Bandeira de Mello à cerca do controle da administração pública e da responsabilidade do estado:

“No estado de direito, a administração pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre se seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada. Tanto são importantes controles que ela própria deve exercitar, em sua intimidade, para obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central, como controles que este mesmo corpo orgânico exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais). Tais controles envolvem quer aspectos de conveniência e oportunidade quer aspectos de legitimidade.

Além disto são previstos controles de legitimidade que devem ser efetuados por outros braços do Estado: Legislativo, por si próprio ou com auxílio do Tribunal de Contas, e Judiciário, este atuando sob provocação dos interessados ou do Ministério Público”.

Numa mescla de ideias desses autores, que envolve a evolução do estado e da sociedade, não podemos simplesmente parar no tempo,

tendo em vista o sermos um país capitalista, e o código civil ser totalmente protetor do capital, se até no casamento há regras de proteção imaginem nas empresas. Ora, se o Estado evolui com toda a massa, desta maneira também, não deve omitir-se o estado de suas responsabilidades, e se, ainda não há responsabilidade por escrito do Estado nas fraudes empresariais que se responsabilizam por costumes.

De maneira alguma essa ideia de responsabilidade do estado se divide da responsabilidade civil, pois se individualmente somos responsabilizados, e uma pessoa jurídica de direito se responsabiliza por atos de seus subordinados, nesta mesma premissa o Estado deve se responsabilizar por seus agentes, seja por ação ou por omissão, e ainda, cabe lembrar que mesmo as empresas não sendo autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais, também são de responsabilidade do estado, uma vez que o órgão que fiscaliza é o estado, os valores recebidos vão para o estado, e se o estado recebe deles os impostos são responsáveis por fiscalizar ainda mais a falta de pagamento destes.

O artigo 173 da Constituição Federal em seu § 5º diz:

“A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Artigo 193 da mesma carta magna:

“A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Ora, se o objeto no assunto é proteção ao bem-estar e justiça sociais, e ainda, não há prejuízo individual aos dirigentes da pessoa jurídica, deveria ainda mais a responsabilidade ser voltada ao estado, sem falar sobre o tocante criminal, a responsabilidade do estado e de suma importância para segurança jurídica, para o bem-estar social e muito mais para a justiça social. E mais, o artigo 3º; à saber:

“construir uma sociedade justa e solidaria.” no inciso I, e ainda “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

No inciso III. Que é reforçado ainda no artigo 170, inciso VII,

“redução das desigualdades regionais e sociais.”

Neste mesmo contexto o legislador, tendo em vista que, a interpretação da lei apenas na sua gramática é a mais pobre das interpretações, podemos dizer que a omissão do estado nas fraudes, coopera para que tudo o que a Constituição Federal diz acabe sendo apenas palavras ao vento; necessita de um comprometimento maior com as leis, além de que, o Estado tem autoridade suficiente para trazer a justiça necessária, não apenas neste quesito jurídico, mais em todos os outros que estão defasados. Mais não vamos mudar o foco que é essa responsabilidade estatal quanto as fraudes, que necessitam de uma participação efetiva de um profissional da área contábil, e com certeza um funcionário público corrompido para que esta fraude se estenda por algum tempo, até que se chegue aos valores exorbitantes que se tem chegado.

Segundo dados do Jornal do Comércio do estado Rio Grande do Sul, o total das fraudes empresariais chega a bagatela de R\$ 150,5 bilhões, de prejuízos aos cofres públicos do estado. (2015).

Há quem conteste o fato da fraudes ser de âmbito criminal, e de responsabilidade individual, porém, de maneira alguma podemos eximir o estado de tal responsabilidade, primeiro, por ser o estado que é o responsável por nossa segurança, devido a autoridade. E ainda é por essa mesma autoridade que se obtém a fé pública, essa a qual nos traz segurança, e se nos traz segurança, ainda mais tem a responsabilidade por seus agentes que em consonância com essa autoridade trabalham para estabelecer a vida em sociedade e em harmonia.

“A globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social”.(Jurgen Habermas, Nos Limites do Estado, Folha de São Paulo, Caderno Mais!, p.5, 18 de julho de 1999)

O diretor-gerente do FMI, Michel Camdessus, em seu último discurso oficial, afirmou que “desmantelar sistematicamente o Estado não é o caminho para responder aos problemas das economias modernas. (...) A pobreza é a ameaça sistêmica fundamental à estabilidade em um mundo que se globaliza”.

(Camdessus crítica desmonte do Estado”, Folha de São Paulo, 14.02.2000)

“Há que se reforçar a responsabilidade do Estado no tocante à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais”.

(Piovesan Flávia, Caderno de Direito Constitucional – 2006 - pág.18)

É notório que o contexto vem de encontro a globalização dos direitos humanos, porém, todos tem a mesma visão que tirar o poder do estado não é o caminho para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Flávia Piovesan ainda enfatiza o reforço do estado em tal implementação nos direitos econômicos, sociais e culturais, e porque não adicionar também as justiças sociais, seguindo esse mesmo raciocínio, ainda mais devemos levar em consideração a responsabilidade do estado nas fraudes empresariais, tendo em vista seu poder de controle sobre a sociedade para o convívio em harmonia, e ainda, tentar ao menos diminuir a desigualdade social.

Como adverte Asbjorn Eide: “Caminhos podem e devem ser encontrados para que o Estado assegure o respeito e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, de forma a preservar condições para uma economia de mercado relativamente livre. A ação governamental deve promover a igualdade social, enfrentar as desigualdades sociais, compensar os desequilíbrios criados pelos mercados e assegurar

um desenvolvimento humano sustentável. A relação entre governos e mercados deve ser complementar.”

Asbjorn Eide, Obstacles and Goals to be Pursued, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, Economic, Social and Cultural Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.383. Acrescenta o autor: “Onde a renda é igualmente distribuída e as oportunidades razoavelmente equânimes, os indivíduos estão em melhores condições para tratar de seus interesses e há uma menor necessidade de despesas públicas por parte do Estado. Quando, por outro lado, a renda é injustamente distribuída, a demanda por iguais oportunidades e igual exercício de direitos econômicos, sociais e culturais requer maior despesa estatal, baseada em uma tributação progressiva e outras medidas. Paradoxalmente, entretanto, a tributação para despesas públicas nas sociedades igualitárias parece mais bem vinda que nas sociedades em que a renda é injustamente distribuída.” (Asbjorn Eide. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, Economic, Social and Cultural Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.40).

O que vem a acontecer nas fraudes empresariais, é que os sujeitos que cometem tal fato usam a livre iniciativa em benefício próprio, e também acabam muitas vezes por desviar os valores adquiridos para o exterior, o que isso pode gerar?

Além do esfriamento econômico devido ao dinheiro desviado ser gasto fora do país, ainda gera desemprego o que contribui ainda mais tanto para o esfriamento econômico, quanto para a desigualdade social.

CONCLUSÃO

Mediante às informa es apresentadas, verifiquei que:

O instituto da responsabilidade civil vive em constante mudança, evoluindo ao longo do tempo, bem como a sociedade, como   possível perceber na forma de reparar o dano, sendo esta repara o feita através de pena pecuniária atualmente.   necessário que se faça uma profunda análise dos pressupostos deste instituto, como forma de não deixar sem repara o nenhuma vítima de ofensa, seja ao seu patrimônio, seja na sua moralidade.

O estado de maneira alguma pode ser diferente, com a constante mudança na sociedade e também na responsabilidade civil, o estado não poderá ficar omissivo no que se refere a evolu o, tendo em vista que, tais mudanças são reflexo de um futuro mais abrangente em suas responsabilidades.

REFERENCIAS

(Asbjorn Eide. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, Economic, Social and Cultural Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.40).

(Bandeira de Mello Celso Ant nio - Ano pág.)

(Camdessus crítica desmonte do Estado”, Folha de São Paulo, 14.02.2000)

(Coulanges Fustel de. 1864 **A cidade antiga** pág.267)

(GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**, 1984, p. 30-1).

(Jurgen Habermas, Nos Limites do Estado, Folha de São Paulo, Caderno Mais!, p.5, 18 de julho de 1999)

(LEÃO PP.XIII – Rerum Novarum – 1891)

(Manifesto do Partido Comunista – parte I, Burgueses e Proletarios – 1848 –Marx e Engels)

(NASH Laura L. 1993)

(Pereira 1987, p.220)

(Piovesan Flávia, Caderno de Direito Constitucional – 2006 - pág.18)

(STOCO Rui, 2007, p.114).

(<http://www.brasil.gov.br/esporte/2013/04/conheca-alguns-exemplos-de-direitos-e-deveres-do-cidadao>)

(STOCO Rui, 2007, p. 157).

(Vade Mecum Compacto de Direito Rideel / Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. – 12. ed. – São Paulo: Rideel, 2016).

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1833

SINOPSES ACADÊMICAS: APONTAMENTOS À LEI DA FICHA LIMPA E A CONTROVERSA DECISÃO TÉCNICA DO SUPREMO

WELLINGTON CACEMIRO: Jornalista, Graduando do Curso de Direito e Pesquisador Jurídico.

RESUMO: Norma de iniciativa popular, legitimada pelo anseio social por representação pautada na probidade dos agentes políticos, a lei complementar nº 135 (Lei da Ficha Limpa) tem sido objeto de controvérsias desde que foi promulgada em junho de 2010. Na mais recente, no último mês de agosto, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a rejeição das contas do chefe do Executivo só pode torná-lo inelegível se o julgamento da Câmara for realizado; o quê, na opinião de parte dos defensores da lei, tolheu-lhe, pelo menos parcialmente, a efetividade. O presente, assentado sob tal perspectiva, revisita a citada norma, abordando suas principais características, bem como mudanças trazidas pelo referido dispositivo.

Palavras-chave: Direito eleitoral; lei complementar; ficha limpa.

ABSTRACT: Standard of popular initiative, legitimized by social yearning for representation based on probity of political agents, supplementary law No. 135 (clean record law) has been the subject of controversy since it was promulgated in June 2010. In the most recent, last August, the Supreme Court (STF) decided that the rejection of the accounts of the Chief Executive can only make it ineligible if the trial Chamber is carried out; What, in the opinion of part of the defenders of the law, has crippled him, at least partially, the effectiveness. The present, seated under such perspective, revisits the cited standard, addressing its main features as well as changes brought by the said device.

Keywords: Electoral law; complementary law; clean slate.

INTRODUÇÃO

Tornou-se rotina no cenário jurídico-político nacional. Desde que foi promulgada, a pouco mais de seis anos, a lei complementar nº 135 (Lei da Ficha Limpa) tem sido objeto de controvérsias. Em especial, diga-se, em períodos eleitorais como o presente. A mais recente data do último mês de agosto, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu que só a rejeição das contas de prefeitos por câmaras de vereadores tem o poder de declará-los inelegíveis, mesmo que sejam contas de quando o chefe do executivo municipal atua como ordenador de gastos.

Como efeito esperado, número considerável de candidatos considerados até então fichas-sujas puderam concorrer livremente na primeira fase do pleito. Até o fechamento deste artigo, dias antes da segunda etapa do processo eleitoral, não haviam sido publicados dados sobre quantos, efetivamente, conseguiram se eleger (e, claro, manter o cargo) em cada região do país. Certo, restava informado apenas que a Justiça barrou 2.329 candidaturas a prefeito, vice-prefeito e vereador com base na Lei da Ficha Limpa.

Sem antecipar considerações sobre o mérito da eleição, tampouco da decisão do STF, cabe assinalar pelo menos duas observações pertinentes. Primeiro a LC nº 135 nasceu por iniciativa popular, coordenada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), obtendo cerca de 1,6 milhão de assinaturas, número mais que suficiente para que o projeto fosse levado ao Congresso Nacional e aprovado sob forte clamor moralizador. Segundo, como consabido, o papel das cortes constitucionais é zelar pela guarda da Constituição, sendo, em tese, a última instância a se pronunciar em torno de conflitos sobre o nosso pacto social. Essa posição singular, não raro, pode ocasionar discussões como a recente, quando se tem uma decisão judicial técnica, mas que notoriamente parece contrariar o interesse público.

À luz de tal questão paradoxal, o presente revisita a norma posta no epicentro do debate abordando suas principais características, bem como mudanças trazidas pelo referido dispositivo, para, por fim, tecer breves comentários.

DA CONCEPÇÃO À EFETIVIDADE

Para todos os efeitos, a LC nº 135 (Lei da Ficha Limpa) pode ser considerada um dos mais vistosos exemplos de mobilização política da história recente. Fruto de iniciativa popular, por meio da Campanha da Ficha Limpa, o projeto de lei que deu origem à norma notabilizou-se por conquistar imensa adesão em um espaço de tempo relativamente pequeno. Também passou pela Câmara dos Deputados de forma célere para os padrões parlamentares, sendo posteriormente aprovada pelo Senado Federal com apenas uma alteração no texto original e, por último, sancionada pelo então presidente Lula, em maio de 2010.

Cabe, aliás, trazer à pauta uma importante observação. Apesar da previsão constitucional, como bem lembra Ávalo et. all (2014, p. 61-62), “até meados de 2010, a Lei Complementar nº 64/1990 (Lei das Inelegibilidades) não contemplava a vida pregressa dos candidatos como hipótese de inelegibilidade”.

Esta possibilidade só veio, de fato, a ser observada com a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa em junho do mesmo ano. Preleciona com propriedade o referido autor:

Nesse contexto, conforme estabelece o art. 14, §9º, da Constituição da República, as regras de inelegibilidade buscam resguardar “a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. Em consonância com o princípio da moralidade previsto na Constituição, a iniciativa da referida lei se deu por conta de um movimento, denominado Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que contou com a assinatura de mais

de 1,5 milhão de pessoas (ÁVALO et. all, 2014, p. 62).

Em resumo, a LC nº 135 impôs alterações profundas e relevantes à citada Lei das Inelegibilidades, tanto que, com o advento da nova norma, começou a emergir número considerável de questionamentos. A esse respeito assevera Neto:

Tão logo foi publicada, a nova lei passou a ser objeto de novas polêmicas: afinal de contas, não estaria a nova lei, ao admitir a inelegibilidade de pessoas condenadas por órgãos colegiados, sem trânsito em julgado da decisão, violando o princípio da presunção da inocência? A nova lei seria aplicável às eleições 2010 ou tão somente a partir das eleições municipais de 2012, tendo em vista o princípio da anualidade eleitoral, previsto no artigo 16 da Constituição? A nova lei atinge situações pretéritas, possibilitando o indeferimento de registro de candidaturas pleiteados por cidadãos condenados por órgãos colegiados do Poder judiciário antes da sua publicação? (NETO, 2015, p. 242).

Ávalo, consoante ao exposto, lembra que a primeira tratou da aplicação ou não do princípio da anualidade. Este, como preleciona a melhor doutrina, emana do disposto no art. 16 da Constituição Federal, cujo texto prevê que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

A respeito da celeuma jurídica, rememora o autor:

Em que pese o inicial entendimento do Tribunal Superior Eleitoral e a polêmica ainda existente na doutrina nacional, quanto ao princípio da anualidade, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela

inaplicabilidade da LC nº 135/2010 para as eleições de 2010 (ÁVALO et. all, 2014, p. 62)

Mas afinal, quais as mudanças que, com efeito, foram introduzidas no ordenamento eleitoral pela norma em tela?

Para responder pertinente questionamento podem-se enumerar algumas que se destacam no texto da lei complementar e recentemente foram objeto de apreciação em brilhante artigo da acadêmica Carla Mereles.

Da análise, depreende-se:

Não poderão se eleger os políticos que: a) Renunciam ao seu cargo a fim de não mais serem processados ou para fugir de condenação – esses não poderão se candidatar nas próximas duas eleições; b) Foram condenados por crimes de várias naturezas, variando entre improbidade administrativa, crimes contra o patrimônio público, de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, abuso de autoridade, entre vários outros; c) Descumpriram prerrogativas de seus cargos previstas na Constituição, como de não serem donos de empresas que tenham contratos com o poder público, por exemplo; d) Que foram condenados por qualquer má prática relativa ao seu serviço no governo, que tenha a ver com a administração pública; e) Que perderam seus cargos por alguma infração que cometeram durante seus mandatos; f) Os que têm processos em andamento (que já foram aprovados) na Justiça Eleitoral; g) Os que têm processo de apuração de abuso de poder econômico ou político para a eleição na qual concorrem. (MERELES, 2016)

Esses, como bem rememora a autora, são apenas exemplos de parte das razões pelas quais um ficha-suja não pode concorrer. Existem muitos outros listados na lei, no entanto, que, apesar de igualmente importantes, não serão objeto deste breve ensaio, mas, por certo, merecem posterior apreciação do leitor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além das demais controvérsias, compete-nos, a propósito do objeto central deste ensaio, retomar a polêmica trazida à pauta em sede de comentários finais. O STF, como informado antes, entendeu que só a rejeição das contas de prefeitos no âmbito do legislativo municipal correspondente pode declará-los inelegíveis, mesmo que sejam contas de quando o chefe do executivo atua como ordenador de gastos. Destarte, mesmo que o Tribunal de Contas dê parecer pela rejeição, os prefeitos podem se candidatar.

Trata-se de interpretação do art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/1990 (Lei das Inelegibilidades). Ela diz que são inelegíveis os chefes de Executivo que tiverem suas contas rejeitadas “por decisão irrecorrível do órgão competente”. A tese vencedora, como se lê abaixo, foi prolatada pelo plenário do STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 848826:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JULGAMENTO DAS CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO COMO ORDENADOR DE DESPESAS. COMPETÊNCIA: PODER LEGISLATIVO OU TRIBUNAL DE CONTAS. REPERCUSSÃO GERAL. 1. Inadmissão do recurso no que diz respeito às alegações de violação ao direito de petição, inafastabilidade do controle judicial, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões judiciais (arts. 5º, XXXIV, a, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da CF/1988). Precedentes: AI 791.292 QO-RG e

ARE 748.371 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes. 2. Constitui questão constitucional com repercussão geral a definição do órgão competente – Poder Legislativo ou Tribunal de Contas – para julgar as contas de Chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas, à luz dos arts. 31, § 2º; 71, I; e 75, todos da Constituição. 3. Repercussão geral reconhecida. (RE 848826 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 27/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-173 DIVULG 02-09-2015 PUBLIC 03-09-2015)

Inegável, portanto, que a Lei da Ficha Limpa, tenha sofrido evidente derrota técnico-jurídica em termos de efetividade. Resta saber se, por conseguinte, há de se falar também em derrota ao princípio da Moralidade, enunciado em momento anterior e emanado do art. 37 da Constituição Federal.

Nas semanas seguintes a decisão, como era esperado, esta impulsionou outras em tribunais estaduais, pautadas no efeito de verticalidade característico de deliberações do Supremo. Cito, a título de exemplo, julgamento de recurso eleitoral do TER-PR.

EMENTA - RECURSO ELEITORAL - ELEIÇÕES 2016 - REGISTRO DE CANDIDATURA (RRC) - CANDIDATO AO CARGO DE VICE_PREFEITO MUNICIPAL-DEFERIDO - ALEGAÇÃO DE INCORRÊNCIA EM CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE DIANTE DA REJEIÇÃO DE CONTAS DE GESTÃO PELO TCE. CONTAS DE CONVÊNIO ESTADUAL - ALÍNEA G, DO INCISO I, DO ART. 1º, DA LC Nº 64/90. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO DAS CONTAS PELA CÂMARA MUNICIPAL - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. "Para os

fins do artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64/1990, a apreciação das contas de Prefeito, tanto as de Governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores"; e "parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso do prazo." (teses de repercussão geral decorrentes do julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 848826 e 729744, do STF, j. 17/08/2016). 2. Assim, embora o candidato conste da lista do TCE de agentes públicos com contas julgadas irregulares, consoante entendimento da Suprema Corte, é necessário, para que seja inelegível, que o agente tenha referidas contas sido desaprovadas pela Câmara Municipal. 3. Recurso não provido. (TRE-PR - RE: 17714 PORTO BARREIRO - PR, Relator: LOURIVAL PEDRO CHEMIM, Data de Julgamento: 25/09/2016, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/09/2016)

Feitas tais considerações parece oportuno ponderar que, apesar de irretocavelmente técnica, a interpretação prolatada pelo Supremo choca-se, na essência, com o espírito moralizador emanado da Lei da Ficha Limpa.

Pior, claro, para o evidente anseio popular por uma política mais transparente, fundamentada no respeito aos princípios. Sob tal perspectiva, independente do resultado do pleito, retrocedemos um pouco.

REFERÊNCIAS

ÁVALO, Alexandre et. all. O Novo Direito Eleitoral Brasileiro: manual de Direito Eleitoral. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

_____. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. *Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9o do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

MERELES, Carla. *Entenda a Lei da Ficha Limpa - Politize!*. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/entenda-lei-da-ficha-limpa/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

NETO, Jaime Barreiros. *Coleção sinopses para concursos: Direito Eleitoral*.

5ª ed. Salvador, Juspodivm, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 848826 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 10/08/2016, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+848826%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+848826%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/kypzenl>>. Acesso em 13 out. 2016>.